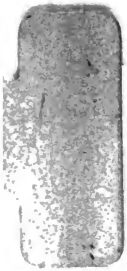
HDI
HL OEBK R

10/5624 5 B



HARVARD LAW LIBRARY.

Received July 25, 1901

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Themis.

Zeitschrift

für

Doctrin und Praxis des Römischen Rechts.

Herausgegeben

von

Dr. Christian Friederich Elvers,

ord. Professor der Rechte und Beisitzer des SpruchCollegii in Rostock.

Neue Folge.

Ersten Bandes Erstes Heft.

Göttingen, 1838.

Bei Vandenhoeck und Ruprecht.

Digitized by Google

Ueber den

Plan der neuen Folge der Themis,

als

Zeitschrift für Doctrin und Praxis des Römischen Rechts.

Die von mir in den Jahren 1827—30 herausgegebene »Themis, Zeitschrift für praktische Rechtswissenschaft« erfreute sich einer solchen Theilnahme von Seiten geehrter Mitarbeiter sowohl, als des lesenden Publicums und seiner Stellvertreter, der Herrn Recensenten, daß ich es nur bedauern konnte, wie Verhältnisse mehrfacher Art, insbesondere überhäufte Spruchrarbeiten, mich verhinderten, die Themis sowohl, als die allgemeine juristische Zeitung, welche aus Veranlassung einer mich betroffenen Feuersbrunst leider mitten in ihrem vierten Jahrgange aufhören mußte, weiter fortzusetzen. Wie daher neuerdings die in der Vorrede zu meinen praktischen Arbeiten ausgesprochene Hoffnung, daß unserer, als LandesSpruchCollegium in CriminalSachen constituirten Rostockschen Juristenfacultät einige Erleichterung zu Theil werden dürfte, sich verwirklichte, entstand für mich die Frage, ob ich die gewonnene Muße ausschließlich meinen größern literärischen Arbeiten, oder zu-

Digitized by Google

gleich wieder einer meiner Zeitschriften zuwenden solle. Wohl weiß ich, was von vielen Seiten gegen Zeitschriften eingewandt worden ist; auch stimme ich ganz denjenigen bei, welche es als etwas höchst Beklagenswerthes ansehen, wenn eine Literatur sich ganz in oberflächliche Journalistik auflöst. Allein ich halte dafür, daß manche Gegner die naturgemäße Bedeutung übersehen, welche die Zeitschriften für unsere Zeit erlangt haben; so wie unbillig die Lage des academischen Lehrers verkennen, welche denselben nothwendig auf Theilnahme an Zeitschriften hinweist. Während nämlich ein Gelehrter, der keine FacultätsWissenschaften im halbjährlichen Wechsel vorzutragen hat, was namentlich von vielen jüngern Gelehrten und angehenden Docenten gilt, sich ungestört bloß mit Einem Gegenstande wissenschaftlicher Forschung beschäftigen und über denselben leichter ein großes zusammenhängendes Werk schreiben kann, wird ein ordentlicher Professor, der seinen jährlichen Cursus von Collegien hat, vorausgesetzt, daß er sich nicht mit dem todten Ablesen eines stereotypen Heftes begnügt, sondern daß er seinen Vortrag jedesmal von Neuem aus der Fülle seines wissenschaftlichen Bewußtseyns mit lebendiger innerer Theilnahme und schöpferischer Lust hält, nothwendig bald von diesem, bald von jenem in den Kreis seiner Vorlesungen fallenden Gegenstande angezogen und zu weiterer wissenschaftlicher Nachforschung angeregt, welche Anregung er im Interesse seiner Vorlesungen und seiner Wissenschaft, so viel anderweitige Berufsarbeiten es gestatten, nicht ungenutzt vorüber gehen lassen darf. Dazu kommt, daß namentlich ein Professor der Jurisprudenz theils durch Spruchsachen, theils durch

Digitized by Google

von ihm verlangte Rechtsgutachten in streitigen Fällen nicht selten auf dunkle Parthien unserer Wissenschaft geführt wird, welche er, schon um seines Berufes und ProfessorenEhre willen vollständig wissenschaftlich aufzuklären wenigstens versuchen muß. Daß durch diese auf die verschiedenartigsten Einzelheiten seiner Wissenschaft gerichteten Bestrebungen unternommene größere Arbeiten über den einen oder andern speciellen Gegenstand leiden, und oft längere Zeit zurückgesetzt werden müssen, ist freilich nicht zu verkennen, läßt sich aber ohne Verletzung der Berufspflicht, welche den Vortrag ganzer Disciplinen, so wie wissenschaftliche Aufhellung der zum Spruche, oder zur Begutachtung vorgelegten streitigen Rechtsverhältnisse verlangt, nicht vermeiden.

Indem nun aber die Wissenschaft ein den Völkern und Jahrhunderten angehörendes Gemeingut ist, und eine gesunde wissenschaftliche Thätigkeit sich mit den Genossen der Vor- und Mitwelt in lebendiger innerer Gemeinschaft fühlen muß, rechtfertigt sich von selbst das Verlangen, das Neugefundene nicht bloß den Schülern, sondern auch dem größern Kreise prüfender Meister und kundiger Leser vorzulegen; was sowohl von wissenschaftlichen Arbeiten kleinern, als von denen größern Umfanges gilt; vorausgesetzt, daß es jenen so wenig, als diesen, an der überall erforderlichen Umsicht und Gründlichkeit fehlt. Daher haben denn auch unsere Vorfahren im Lehramte mit Freuden die, nach den damals bestehenden Verhältnissen sich ihnen darbietenden Gelegenheiten der Dissertationen, Disputationen und andern kleinen academischen Schriften benutzt, um die Früchte ihrer Studien einem größern Kreise

Digitized by Google

mitzutheilen. Diese Gelegenheiten sind für uns großen Theils verschwunden, und werden, insoweit sie sich auch noch finden, doch mit geringerer Lust benutzt, eben weil das allgemeine Interesse an diesen, in Lateinischer Sprache abgefaßten, academischen Erzeugnissen verschwunden ist.

Aus allem Dem erhellt, daß der academische Lehrer unserer Zeit nicht umhin kann, sich des, neuerdings immer mehr entwickelten Institutes der Zeitschriften für kleinere wissenschaftliche Arbeiten und Mittheilungen zu bedienen. Hier findet er sich nun aber zusammen nicht bloß mit Theoretikern, sondern auch mit wissenschaftlich gebildeten Praktikern, welche durch einzelne Vorgänge in der Praxis zu einzelnen wissenschaftlichen Untersuchungen angeregt sind, und ebenfalls an Mittheilung ihrer Forschungen und praktischen Erfahrungen Freude finden. Hat der academische Gelehrte erkannt, welche reichen Schätze das sich stets neu gestaltende wirkliche Leben enthält, und wie für die Wissenschaft nichts erwünschter seyn kann, als auch von dieser Seite her angebaut zu werden, so wird er solche, die Wissenschaft wahrhaft fördernde Mittheilungen aus der Praxis mit der dankbarsten Anerkennung begrüßen, und sich um so freudiger mit dem Praktiker zu gemeinsamer Thätigkeit verbinden. Ist er, der academische Lehrer, zugleich Mitglied eines SpruchCollegiums oder einer ähnlichen Behörde, so wird er sich auch um so mehr als berufen ansehen dürfen, einen Vereinigungspunkt für Doctrin und Praxis, Theoretiker und Praktiker bilden zu helfen, indem er seinem Berufe nach Beiden angehört. —

Wenn nun das Gesagte das Interesse an Zeitschriften zu rechtfertigen, und in Betreff meiner die Unternehmung

Digitized by Google

einer Zeitschrift für Doctrin und Praxis des Römischen Rechts zu erklären vermöchte, so würde doch zur völligen Rechtfertigung dieses Vorhabens zuvor die Frage befriedigende Antwort verlangen, ob denn bei den bereits vorhandenen juristischen Zeitschriften die Gründung einer neuen, oder, was fast gleich ist, die Erneuerung einer seit mehren Jahren nicht mehr erschienenen Zeitschrift nothwendig oder auch nur wünschenswerth sey? Da möchte ich denn zunächst erwiedern, daß, wenn die einzelnen wissenschaftlichen Arbeiten nur der Veröffentlichung nicht unwerth sind, es ziemlich einerlei ist, ob sie in dieser oder jener Zeitschrift erscheinen. Dazu kommt, daß, wenn alle Mittheilungen der oben gedachten Art in einige wenige Zeitschriften aufgenommen werden sollen, die Anhäufung des Materials hier zu bedeutend werden muß. Auch wird jede Zeitschrift, mag sie auch mit der Zeit fortschreiten, doch ihr eigenthümliches Gepräge behalten, die Zeit ihres Ursprunges und die damals herrschende Richtung in der Wissenschaft beurkundend. Bilden sich daher neue Richtungen, so wird das Bedürfniß einer neuen Zeitschrift, oder der Erneuerung einer ältern von selbst entstehen; wie wir solches z. B. an dem civilistischen Magazin, der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, dem Archiv für civilistische Praxis, dem Rheinischen Museum u. s. w. gesehen haben. Auch meine Themis, Zeitschrift für praktische Rechtswissenschaft (2 Bände), verbunden mit der allgemeinen juristischen Zeitung (3 Jahrgänge, von 1828—31), ging aus einer solchen Richtung in unserer Wissenschaft hervor, nämlich aus dem Bestreben, die Fülle der Praxis und den Reichthum

Digitized by Google

des praktischen Lebens nach dem Vorgange der großen Römischen Juristen für die Wissenschaft wo möglich mehr, als in der jüngsten Zeit geschehen war, zu benutzen. Diese Richtung ist mir mit einem gewiß nicht unbedeutenden Theile der Zeitgenossen geblieben, wie davon meine Sammlung praktischer Arbeiten, so wie ähnliche Mittheilungen in dem gegenwärtigen und in den folgenden Heften der Themis Zeugniß ablegen mögen. Allein ich bin, und hoffentlich ebenfalls mit einem nicht unansehnlichen Theil der juristischen Zeitgenossen allmählich immer mehr beim unbefangenen Studium der Quellen des Römischen Rechts zu der Ueberzeugung gekommen, daß, bevor wir mit gehörigem Erfolge aus dem Rechtsleben der Gegenwart schöpfen können, wir noch ganz anders, als bis dahin geschehen, in die Doctrin des Römischen Rechts eindringen, und die Rationen erforschen müssen, welche das Römische Recht zu einem der wunderbarsten Gebilde des menschlichen Geistes erheben, und welche allein im Stande sind, die Römische Jurisprudenz aus den in den Pandekten und sonst uns erhaltenen Trümmern zu einer lebendigen Wissenschaft wieder aufzubauen. Eine Zeitschrift, welche ausschließlich der Richtung huldigt, die verkannte Doctrin des Römischen Rechts wieder zur vollen Anerkennung zu bringen, die Praxis der Gegenwart im Sinn und Geist wahrer Römischer Jurisprudenz zu behandeln, scheint allerdings zu fehlen. Das civilistische Magazin ist geschlossen; die Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft hat es, abgesehen von ihrer Mitberücksichtigung des Deutschen Rechts, mehr mit historischen Forschungen, als mit dogmatischen Erörterungen zu thun;

Digitized by Google

das Archiv für civiliſtiſche Praxis ſcheint in der Mehrzahl ſeiner Beiträge noch zu ſehr den frühern, von der Geſchichte und der tiefern Quellenforſchung losgeriſſenen, einſeitigen praktiſchen Standpunkt feſtzuhalten; das Rheiniſche Muſeum, wohl etwas zu ſehr der bloß gelehrten Richtung hingegeben, ſcheint ebendeshalb eingegangen zu ſeyn; die Zeitſchrift für CivilRecht und Proceß, welche gleichzeitig mit der Themis entſtand, iſt ihr zwar zur Zeit weit zuvorgekommen; allein dennoch kann letztere den edlen Wettkampf nicht aufgeben, zumal ſie ſelber auch für ſich die Nothwendigkeit, eine neue Richtung einzuſchlagen, anerkennt, und ſie der Meinung ſeyn muß, daß die von jener trefflichen Zeitſchrift verfolgte Richtung von der ihrigen doch immer noch darin verſchieden iſt, daß jene das Bedürfniß einer neuen quellengemäßen Begründung der Doctrin des Römiſchen Rechts, ſo wie der Benutzung der Erfahrungen der Gegenwart zu einer praktiſchen Fortbildung der Römiſchen Rechtsgrundſätze in Gemäßheit unſerer heutigen Verhältniſſe nicht genug anerkannt hat.

Daher habe ich denn die Freudigkeit gewonnen, nicht bloß für eigne kürzere Arbeiten in dem gedachten Sinne die Themis in einer neuen Folge als Zeitſchrift für Doctrin und Praxis des Römiſchen Rechts in der ſeithevigen Verlagshandlung wieder erſcheinen zu laſſen, ſondern auch alle ältern und jüngern Genoſſen unſerer civiliſtiſchen Studien, welche die oben angedeutete Richtung derſelben als die ihrige erkannt haben, zur Theilnahme an der Themis in dieſer ihrer neuen Folge einzuladen.

Möge man jedoch dasjenige, was ich über die neue Richtung in unſerer Wiſſenſchaft, für welche die Themis

Digitized by Google

ein Organ werden möchte, gesagt habe, nicht in der Art mißverstehen, als wäre ich so thöricht zu glauben, daß jetzt überall erst von wahrer Doctrin im CivilRecht die Rede seyn könne. Nur daß unsere Zeit einen besondern Beruf und eine vorzüglichere Befähigung hierfür empfangen hat, ist meine Meinung. Jede Zeit seit den Glossatoren hat sich bemüht, das Römische Recht zu verstehen, die eine Zeit mit mehr, die andere mit minder glücklichem Erfolge. Indem wir jedoch die desfallsigen Bestrebungen der nächst vorangegangenen Zeiten zu würdigen suchen, müssen wir von dem Standpunkte aus, auf den der Genius unserer Zeit uns gestellt hat, dafür halten, daß diese Bestrebungen Anfangs noch gar sehr durch subjective Befangenheit gehemmt waren, und daß, wie später kühne Forscher die herkömmlichen Schranken durchbrachen, und zu einer objectivern Anschauung gelangten, es doch mehr nur die geschichtlichen Rechtsbildungen Roms, als die wissenschaftlichen Disciplinen der großen Römischen Juristen waren, welche Gegenstand ihrer Studien wurden, daß mit andern Worten mehr das historische, als das dogmatische Element des Römischen Rechts zur Anerkennung gelangte. Daher halte ich dafür, daß wir Civilisten jetzt von selbst auf den Standpunkt hingewiesen sind, auf welchen unsere Zeit in der wissenschaftlichen Betrachtung der Welt und des Daseyns überhaupt geführt worden ist, nämlich den der innern Unabhängigkeit von allen vorgefaßten Theorien und Ansichten, der rücksichtslosen Erforschung der reinen Wahrheit als solcher, jedoch nicht auf dem Wege abstracter Speculationen, sondern concreter Auffassung der Wirklichkeit und der ihr zum Grunde lie-

Digitized by Google

genden leitenden Rationen. Wie von diesem Standpunkte aus nach allen Seiten hin neue Aussichten eröffnet werden, so auch für unsere CivilRechtswissenschaft. Jedoch müssen wir uns dieses Standpunktes gehörig versichern, sowohl gegen solche, welche vor lauter Ehrfurcht vor herkömmlichen Ansichten und vor der Auctorität berühmter Namen nicht zu einem eignen unbefangenen Blick in die frische lebenskräftige Natur Römischer Rechtsgestalten und Römischer Rechtsbetrachtungen gelangen können, und daher vor der hieraus treu geschöpften Kunde leicht als vor unerhörter Ketzerei zurückschrecken; als auch gegen diejenigen, welche an den Rationen, welche der Schöpfer selbst in seine Natur gelegt, die gesammte alte Welt in ihren gemeinschaftlichen Verhältnissen befolgt, so wie die Römischen Magistrate, Richter und Rechtsgelehrten in ihren Römischen Instituten erkannt hatten, nicht Genüge finden, sondern in ihrer Weisheit ein Neues und Unerhörtes entdecken und die großen Römischen Meister hochmüthig meistern wollen. Wir bleiben daher nur innerhalb der Römischen Jurisprudenz stehen, d. i. erstreben keine andern und höhern Rationen, als diese hervorgerufen hat, was jedoch die Möglichkeit nicht ausschließt, auf der einen Seite hin tiefer und schärfer zu begründen, als vielleicht hin und wieder von den Römischen Juristen, so weit wir ihr Wirken noch jetzt beurtheilen können, geschehen ist; auf der andern Seite sie auch auf unsere heutigen Verhältnisse folgerecht anzuwenden und so den Faden wissenschaftlicher Fortbildung des Rechts auch im Einzelnen wieder aufzunehmen.

Was nun bei dieser angedeuteten Richtung die Themis in ihrer neuen Folge zu leisten vermöge, muß die Zukunft

Digitized by Google

lehren. Zuviel versprechen möchte ich nicht. Vorläufig mag das hiermit erscheinende erste Heft selbst reden. Ich habe absichtlich für dasselbe mich noch nicht nach neuen Mitarbeitern umgesehen, sondern außer eignen Arbeiten nur zwei fremde mitgetheilt, welche mir für die ältere Themis noch gütigst anvertraut waren, und welche auch zur Aufnahme in die neue Folge nach dem oben Gesagten sich eigneten. Gerne hätte ich noch Mittheilungen aus der neuesten civilistischen Literatur hinzugefügt. Allein ich hielt es für angemessener, diese vorläufig noch auszusetzen, um dieserhalb zuvor den Rath und die Beihülfe anderer erfahrner Freunde mir zu erbitten, zumal bei dem Umfange unserer neuesten civilistischen Literatur und bei den schon vorhandenen kritischen Blättern es schwer hält, in dieser Beziehung etwas Genügendes zu liefern.

Möge denn diese schon einmal wohlwollend aufgenommene Zeitschrift in ihrer neuen Folge und neuen Richtung sich einer eben so freundlichen Theilnahme sowohl von Seiten der Mitarbeiter, als des juristischen Publicums Deutschlands erfreuen! Beiden will ich sie und mich aufs Beste empfohlen haben.

Rostock, den 19. September 1838.

Der Herausgeber.

Diese Zeitschrift erscheint in zwangslosen Heften. Drei Hefte bilden Einen Band. Mittheilungen für dieselbe können an die unterzeichnete Verlagshandlung oder unmittelbar an den Herausgeber, wo möglich durch Buchhändlergelegenheit, eingesandt werden.

Göttingen, den 10. October 1838.

Die Verlagshandlung.

Digitized by Google

Inhalt.

I. Ueber den Gegensatz von Factum und Jus im Römischen Rechte. Vom Herausgeber. S. 1—47

II. Einige Bemerkungen über die Lehre von der stillen Gesellschaft (société en commandite) in Beziehung auf den Aufsatz № XV im 2ten Bande dieser Zeitschrift. Vom Bürgermeister Dr. Dunze in Bremen. S. 48—69

III. Zur Lehre von den LotterieGeschäften und vom Recht des Widerrufes eines vergleichsweise geschlossenen Schenkungsvertrages. Aus einem PrivatGutachten des Herausgebers. S. 70—103

Digitized by Google

IV. Ueber den Beweis der Zuvielzahlung durch Quitungen. Vom CanzleiAdvocaten Dr. Aarons zu Güstrow. S. 104—124

V. Ueber den Annus der Actiones honorariae. Vom Herausgeber. S. 125—184

Digitized by Google

I.

Ueber den Gegensatz von Factum und Jus im Römischen Rechte.

Vom Herausgeber.

Natura und Jus treten in der Römischen Jurisprudenz mehrfach einander entgegen. Als Rerum natura umfaßt jene alles Erschaffene mit den ursprünglichen Bedingungen und Normen seines Daseyns, welche wiederum die Natura jedes einzelnen Wesens bilden. Jus erscheint dagegen als der Inbegriff derjenigen Bestimmungen und Einrichtungen, welche nach der eingetretenen Störung der freien Herrschaft und Entfaltung der ursprünglichen Natura hominis allein noch ein Rechtsleben und insbesondere Rechtsgenossenschaften, Civitates, unter den Menschen möglich machen. Wäre die Menschheit ihrer ursprünglichen Natur und Bestimmung getreu geblieben, so wären Natura und Jus nicht geschieden worden, sondern hätten sich im Jus naturale stets vollständig vereinigt gefunden, d. i. in den aus der Natura hominis sich erhebenden Ansprüchen auf die freie Thätigkeit aller Genossen der menschlichen Gesellschaft. Nachdem nun aber in Folge des erwachten Eigennutzes und Bruderhasses ein von der Natura verschiedenes Jus sich bilden mußte, fanden sich in diesem manche Bestimmungen »contra naturam«, wodurch eben der Gegensatz begrün-

det ward [1]). Allein gänzlich losgerissen von der Natura ward das Jus darum noch nicht. Nicht nur ging aus einer, den veränderten Umständen, namentlich den eingetretenen Trennungen der Völker und Reiche, des Grundbesitzes, des Mein und Dein überhaupt, entsprechenden naturalis ratio das auf naturalis aequitas beruhende allgemeine Jus gentium hervor [2]), so wie auch die der einzelnen Civitas angehörenden besondern RechtsInstitute wiederum ihre durch Leges und Consuetudines begründete eigenthümliche Natura hatten, das Jus und die Forma derselben bildend [3]); sondern es wurde auch für gewisse Lebenskreise die ungeschmälerte Herrschaft des alten Jus naturale und der diesem entsprechenden Honestas wenn auch nicht völlig gerettet, so doch wenigstens erstrebt, so daß insbesondere hier der entstandene Gegensatz zwischen Natura und Jus uns vermittelt entgegentritt [4]).

---

1) Ulpianus, lib. 1 institutionum, l. 4. D. 1, 1, de justitia et jure: »Quae res a jure gentium originem sumsit; utpote cum jure naturali omnes liberi nascerentur, nec esset nota manumissio, quum servitus esset incognita; sed posteaquam jure gentium servitus invasit, secutum est beneficium manumissionis etc.«

2) Hermogenianus, lib. 1 juris epitomarum, l. 5. D. 1, 1: »Ex hoc jure gentium introducta bella, discretae gentes, regna condita, dominia distincta, agris termini positi, aedificia collocata, commercium, emtiones, venditiones, locationes, conductiones, obligationes institutae, exceptis quibusdam, quae a jure civili introductae sunt.«

3) Paulus, lib. 3 ad edictum, l. 27, §. 2. D. 2, 14, de pactis: »Incipiet dos redire ad jus suum; — quotiens enim ad jus, quod lex naturae ejus tribuit, de dote actio redit, non fit causa dotis deterior, sed formae suae redditur.«

4) Es ist das gesammte geltende Jus privatum, welches tripertitum ist: »collectum est enim ex naturalibus praeceptis, aut gentium, aut civilibus.« §. 4. I. 1, 1, de justitia et jure. Auf diese Praecepta naturalia, gentium

Digitized by Google

Allein auch noch in anderer Hinsicht wurde das Jus nicht von der Natura losgerissen. Diese enthält ja, abgesehen von jenen ethischen Anforderungen, zugleich die physischen Grundbedingungen alles menschlichen Daseyns auf Erden. Mochten Eigennutz und Ungerechtigkeit die gesellschaftlichen Verhältnisse vielfach gestört und umgewandelt haben, die einmal festbegründete Ordnung alles Seyns auf Erden ging ihren ruhigen Entwicklungsgang fort, und der Mensch, von dieser Natura rerum rings umgeben, selbst mit seinem ganzen leiblichen Daseyn ihr angehörend, mußte sich und seine Rechtsgenossenschaften mit ihrem gesammten Jus in diese Natura rerum hinein und auf ihren festen Grundlagen aufbauen; weshalb »in rebus humanis« und »in rerum natura« in Beziehung auf menschliche Angelegenheiten fast identisch ward. Wenn daher auch im Vergleich mit dem Jus naturale oder den ursprünglichen Anforderungen der Honestas an die freie geistige Thätigkeit des Menschen, im »Jus, quo utimur,« Manches contra naturam sich findet; so darf doch das Jus insofern nichts contra naturam zulassen, als unter Natura jene festen Grundbedingungen des leiblichen

und civilia bezieht sich der bekannte Ausspruch bei Ulpianus, lib. 1 regularum, l. 10, §. 1. D. 1, 1 u. §. 3. I. 1, 1: »Juris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere«; indem »honeste vivere«, der höchste Ausdruck des Jus naturae, »alterum non laedere«, des Jus gentium, »suum cuique tribuere«, des Jus civile ist; wie denn diesen Juris praecepta auch die drei juristischen CardinalTugenden der Honestas, Aequitas, und Justitia entsprechen; weshalb namentlich die Justitia von Ulpian bekanntlich als die »constans et perpetua voluntas, jus suum cuique tribuendi«, bezeichnet wird. (L. 10. pr. D. 1, 1.) Auch die in derselben Stelle, l. 10. §. 2., enthaltene Definition der Jurisprudentia als einer divinarum atque humanarum rerum notitia, justi atque injusti scientia, scheint jener Tripartitio zu entsprechen. S. meine allgemeine juristische Zeitung, Jahrg. 1830.

Digitized by Google

Daseyns auf Erden verstanden wird. Daher ist denn auch jedes Natura impossibile zugleich contra jus [5]), und alles, was rechtliche Anerkennung erlangen soll, muß in dieser Beziehung in der Natura sowohl, als im Jus gegründet seyn [6]). Dennoch aber sind an sich die Gebiete der Natura und des Jus verschieden; so daß sie auch ihre verschiedenen Erzeugnisse haben [7]).

Da nun das ganze leibliche Daseyn des Menschen und seine gesammte äußere Thätigkeit zunächst ins Gebiet dieser Rerum natura fällt, die physische Seite der Natura aber von der, für das Recht nicht minder wichtigen ethischen sorgfältig unterschieden werden muß, so bedienen sich die Römer zur Bezeichnung jener physischen Seite des menschlichen Seyns vorzugsweise des Ausdruckes: Factum, und setzen deshalb zunächst in diesem Sinne Factum und Jus einander entgegen, die genaue Kenntniß beider für

5) Celsus, lib. 13 digestorum, l. 188, §. 1. D. 50, 17: »Quae rerum natura prohibentur, nulla lege confirmata sunt.« Idem lib. 8 digest. l. 185. c. t.: »Impossibilium nulla obligatio est.« — L. 3. D. 49, 8, quae sententiae sine appellatione rescindantur: »Paulus respondit: Impossibile praeceptum judicis nullius esse momenti. Idem respondit: ab ea sententia, cui parari rerum natura non potuit, sine causa appellari.« Tryphoninus, lib. 4 disputat. l. 12, §. 2. D. 49, 15, de captivis: »Facti autem causae infactae nulla constitutione fieri possunt.« Gajus, lib. 7 ad edict. provinc. l. 2, §. 1. D. 7, 5, de usufructu ear. rer. quae usu consum. vel minuuntur: »Nec enim naturalis ratio auctoritate Senatus commutari potest.«

6) Javolenus, lib. 9 ex Cassio, l. 14, §. 1. D. 11, 1, de interrogatione in jure: »In totum autem confessiones ita ratae sunt, si id, quod in confessionem venit, et jus et naturam recipere potest.« Cf. l. 137, §. 6. D. 45, 1, de verbor. obligat.

7) Papinianus, lib. 6 quaestionum, l. 62. D. 6, 1, de rei vindicatione: »Vectura sicut usura non natura pervenit, sed jure percipitur.«

Digitized by Google

eine ersprießliche Rechtsbildung fordernd, und daher Quaestiones juris und facti, so wie Juris und facti ignorantia wohl unterscheidend [8]). Dem Gebiete des Factum in diesem Sinne des Wortes gehört nun vor allem alles menschliche materielle Interesse, die Utilitas, an [9]), und zwar sowohl Damni ratione, wo Schaden und Gefahr für das bereits erworbene Gut zu befürchten sind, als Lucri ratione, wo Gewinn und Vortheile sich in Aussicht stellen [10]); imgleichen sowohl als Gemeinbestes, als publica utilitas der gesammten Genossenschaft, wie als Privat-Nutzen Einzelner, als privatorum utilitas [11]). In allen diesen Beziehungen hat nun aber die Utilitas, ungeachtet sie in facto beruht, dem Gebiete der Natura angehört, dennoch den größten Einfluß auf Begründung und Fortbildung des Jus. Auf die Bestimmungen des Jus naturale und gentium hat freilich die Utilitas keinen Einfluß, indem jene auf den bei allen Völkern und zu allen Zeiten im Wesentlichen gleichen Grundsätzen der Honestas und Aequitas naturalis beruhen, wohl aber auf das Jus civile, welches ebendeshalb, da die Utilitas höchst mannigfach und nach Zeit und Ort verschieden ist, den individuellen und wechselnden Bestandtheil des geltenden Rechtes bildet [12]). Freilich bestimmt sich der Grad und

---

8) Cf. l. 16. D. 1, 5; l. 11, §. 12. D. 48, 5; l. 79, §. 1. D. 5, 1; u. D. 22, 6, de juris et facti ignorantia.

9) Paulus, lib. 5 ad Sabinum, l. 24. D. 50, 17: »Quatenus cujus interest, in facto, non in jure consistit.«

10) Ulpianus, lib. 27 ad edict., l. 2, §. 8. D. 13, 4, de eo, quod certo loco dari oportet.

11) Ulpianus, lib. 68 ad edictum, l. 2, §. 2. D. 43, 8, Nequid in loco publico vel itinere fiat: »Et tam publicis utilitatibus, quam privatorum per hoc prospicitur.« Etc.

12) §. 11. I. 1, 2, de jure naturali, gentium et civili: »Sed naturalia quidem jura, quae apud omnes gentes per-

Digitized by Google

Umfang der Geltung des Jus naturale et gentium in einer Civitas durch das Jus civile, und Grundsätze der Honestas und Aequitas naturalis haben auf die Constitutionen des Jus civile ebenfalls Einfluß, so wie auch die Aequitas als Aequitas civilis im Laufe der Zeit mildernd auf die starren und strengen Grundsätze des ältern Jus civile einwirkt [13]); aber dennoch erscheint als das bildende HauptPrincip des Jus civile, und zwar sowohl des Jus publicum, als des Jus privatum [14]), die Utilitas. Allein da die Utilitas an sich in

---

aeque servantur, divina quadam providentia constituta, semper firma atque immutabilia permanent. Ea vero, quae ipsa sibi quaeque civitas constituit, saepe mutari solent vel tacito consensu populi, vel alia lege postea lata.«

13) Insbesondere tritt uns im prätorischen Rechte, dieser »viva vox juris civilis,« der Einfluß der Aequitas neben der Utilitas auf die Fortbildung des Römischen Rechts entgegen. Viele Edicte erließ der Prätor, weil die für alle Völker gleichmäßig geltende Aequitas naturalis sie erforderte. So sagt Ulpianus lib. 4 ad edictum, l. 1, pr. D. 2, 14, de pactis: »Hujus edicti aequitas naturalis est. Quid enim tam congruum fidei humanae, quam ea, quae inter eos placuerunt, servare?« Idem, lib. 11 ad edictum, l. 1, pr. D. 4, 4, de minoribus XXV annis: »Hoc edictum Praetor naturalem aequitatem secutus proposuit, quo tutelam minorum suscepit; nam quum inter omnes constet, fragile esse et infirmum hujusmodi aetatum consilium etc.« Dagegen lehnten sich andere Edicte unmittelbar an das bestehende CivilRecht an, suchten dieses zu mildern und zu erweitern und waren insofern in der aus der Eigenthümlichkeit des Jus civile verständlichen Aequitas civilis begründet. Cfr. Ulpianus, lib. 38 ad edictum, l. 1, §. 1. D. 47, 4, Si is qui testamento liber esse jussus etc. — Ueber den Einfluß der Utilitas und Aequitas auf die Bildung des Römischen Rechts s. auch meine Abhandlung: Ueber Billigkeit und strenges Recht, Theorie und Praxis, in meinen »Erörterungen aus der Lehre von der testamentarischen Erbfähigkeit, insbesondere juristischer Personen,« Göttingen 1827, S. 8 ff.

14) Ulpianus, lib. 1 institutionum, l. 1, §. 2. D. 1, 1:

Digitized by Google

facto beſteht, ſo bedarf es conſtituirender Gewalten, um ſie in Jus zu verwandeln, oder um auf dieſer factiſchen Grundlage ein verbindendes Recht zu conſtituiren; was zunächſt von dem aus der publica utilitas im weitern Sinn hervorgehenden Rechte Aller, dann aber analog auch von dem auf Autonomie beruhenden und aus der Utilitas singulorum erwachſenden Rechte der Einzelnen gilt. Was nun insbeſondere die publica utilitas und das gemeine Recht Aller betrifft; ſo ward dieſes in Rom zunächſt durch Leges, und quae legis vicem obtinent conſtituirt. War aber Utilitatis causa einmal ein Jus begründet, ſo war damit auch von ſelbſt das Beſtreben geweckt, die jener Beſtimmung zum Grunde liegende Utilitas zur vollen Anerkennung zu verhelfen, und das feſtgeſtellte Recht durch Interpretatio, ſo wie durch Jurisdictio analog fortzubilden und zu erweitern [15]). Insbeſondere war es die Jurisdictio Praetoris, welche die ſchon Jure civili berückſichtigte Utilitas durch utiles actiones in einem weitern Umfange geltend machte, daneben aber auch unabhängig vom Jus civile die publica utilitas ins Auge faßte, und Utilitatis, ſo wie Aequitatis causa neue ſelbſtſtändige Actiones in factum begründete [16]). Die Utilitas war auch überhaupt im Jus civile

---

»Publicum jus est, quod ad statum rei Romanae spectat, privatum, quod ad singulorum utilitatem; sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim.«

15) Ulpianus, lib. 1 ad edict. aedil. curul., l. 13. D. 1, 3, de legibus etc.: »Nam, ut ait Pedius, quotiens lege aliquid unum vel alterum introductum est, bona occasio est, cetera, quae tendunt ad eandem utilitatem, vel interpretatione, vel certe jurisdictione suppleri.«

16) Papinianus, lib. 2 definitionum, l. 7, §. 1. D. 1, 1: »Jus praetorium est, quod praetores introduxerunt adjuvandi, vel supplendi, vel corrigendi juris civilis gratia, propter utilitatem publicam.« Daher heißt es bei den Commentatoren des prätoriſchen Edicts ſo oft: »Maxima utilitas est hujus edicti;« Utilitatem hujus edicti patere, nemo est, qui

Digitized by Google

von einem solchen prädominirenden Einfluß, daß um ihretwillen Manches »contra rationem disputandi« eingeführt, vieles als Jus singulare, »contra tenorem rationis« festgestellt, und oft selbst eine Regula juris gentium um ihretwillen verändert ward, wenn nicht die dadurch herbeigeführte Iniquitas rei und Inelegantia juris später doch die Restituirung jener Regel wieder herbeiführte [17]).

Obgleich nun die Römer, wie oben bemerkt, den Inbegriff aller die freie Thätigkeit der Menschen normirenden und die Rechtsgenossenschaft der Civitas möglich machenden Bestimmungen als Jus bezeichneten, und daher von einem Jus naturale, Jus gentium, Jus praetorium redeten, so war ihnen im strengen und eigentlichen Sinne des Wortes Jus doch nur der Inbegriff dessen, was Leges, und quae legis vicem

---

ignoret;« »hujus quoque edicti non minima utilitas est;« etc. Cfr. Ulpianus, ad edictum, l. 1, pr. D. 4, 9, Nautae, caupones, stabularii etc.; l. 1, pr. D. 14, 1, de exercitoria actione; l. 1, pr. D. 14, 4, de tributoria actione, etc. etc. Ueber die prätorischen Actiones utiles und in factum werden wir im nächsten Hefte das Nähere erörtern.

17) Julianus, lib. 86 digestorum, l. 51, §. 2. D. 9, 2, Ad legem Aquiliam: »Multa autem jure civili contra rationem disputandi pro utilitate communi recepta esse, innumerabilibus rebus probari potest.« Paulus, lib. sing. de jure singulari, l. 16. D. 1, 3: »Jus singulare est, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est.« Papinianus, l. 44. D. 41, 2: »Utilitatis causa jure singulari receptum etc.« — Gajus, 1, 82–84: »— Jure gentium — ex libera et servo liber nascitur. Animadvertere tamen debemus, num eam juris gentium regulam vel lex aliqua, vel quod legis vicem obtinet, aliquo casu commutaverit. Ecce enim ex SCto Claudiano etc. — Sed postea divus Hadrianus, iniquitate rei et inelegantia juris motus, restituit juris gentium regulam etc.« Die Utilitas war es, welche zur harten und singulären Bestimmung des S. C. Claudianum geführt hatte.

Digitized by Google

obtinent, wohin auch die UsualInterpretation und das Gewohnheitsrecht überhaupt gehörten, im Allgemeinen angeordnet hatten, oder was im Einzelnen in Gemäßheit deſſen autonomiſch feſtgeſtellt worden war [18]). Eine Folge dieſes engern Begriffes von Jus war der weitere Begriff von Factum, indem nunmehr auch alles, was nicht Jus im engern Sinne war, als Factum erſchien, daher insbeſondere das geſammte Jus praetorium, ſo wie auch das Jus naturale et gentium, inſofern es nicht die volle Anerkennung des Jus civile erlangt hatte, und daher dem Rechtsſchutze nach nur dem Jus praetorium angehörte [19]).

Um dieſe eigenthümliche Erſcheinung vollſtändig zu begreifen, müſſen wir erwägen, daß im ältern Rechte zur Zeit der Legis actiones die lebendige Fortbildung des CivilRechts

---

18) Daher ſagt Papinianus, lib. 2 definitionum, l. 7, pr. D. 1, 1: »Jus autem civile est quod ex legibus, plebisscitis, senatusconsultis, decretis principum, auctoritate prudentum venit;« ohne daß er der, unter den Quellen des Jus scriptum ſonſt mitgenannten Edicta magistratuum gedenkt. Vielmehr ſtellt er dem Jus civile das Jus praetorium gegenüber. — Imgleichen erklärt ſich hieraus der Ausſpruch des Ulpianus, lib. 16 ad edictum, l. 9. D. 1, 3, de legibus, SCtis etc.: »Non ambigitur, senatum jus facere posse;« ſo wie deſſelben, lib. 1 de officio Proconsulis, l. 33. D. 1, 3: »Diuturna consuetudo pro jure et lege in his, quae non ex scripto descendunt, observari solet.«

19) Paulus, lib. 3 ad edictum, l. 27, §. 2. D. 2, 14, de pactis: »In stipulationibus jus continetur, in pactis factum versatur;« ungeachtet die Heilighaltung der Verträge im Jus naturale et gentium begründet war; weshalb Ulpianus, lib. 4 ad edictum, l. 1, pr. D. 2, 14, zur Rechtfertigung des prätoriſchen Edictes de pactis anführt: »Hujus edicti aequitas naturalis est. Quid enim tam congruum fidei humanae, quam ea, quae inter eos placuerunt, servare!« Und dennoch: »In pactis factum versatur.« —

Digitized by Google

durch die Interpretatio geschah, und zwar in der Weise, daß, weil an den Legis actiones kein Wort verändert werden durfte, neue, unter den Worten der Lex an sich nicht begriffene Fälle doch unter dieselben subsumirt wurden, und eben dadurch an der in jenen enthaltenen vollen Rechtskraft Theil erhielten, weshalb auch der Name des Jus civile auf solche durch UsualInterpretation begründete Bestimmungen selbst vorzugsweise bezogen ward. Als Beleg hiezu kann besonders die legitima patronorum tutela, so wie die Actio de vitibus succisis dienen [20]).

Ganz anders mußte es nun aber mit den Fortbildungen und Ergänzungen des CivilRechts werden, als durch die Lex Aebutia die Legis actiones aufgehoben [21]), und mit der, dem Prätor zugestandenen Befugniß der Formelbildung die »viva vox juris civilis« auf diesen überging [22]). Um

---

20) Gajus, 1, 165; pr. I. 1, 17, de legitima patronorum tutela: »Ex eadem lege XII tabularum libertorum et libertarum tutela ad patronos liberosque eorum pertinet, quae et ipsa legitima tutela vocatur; non quia nominatim ea lege de ea tutela cavetur, sed quia perinde accepta est per interpretationem, ac si verbis legis introducta esset.« Gajus, 4, 11: »(Legis actiones appellabantur) vel ideo, quia ipsarum legum verbis accommodatae erant, et ideo immutabiles perinde atque leges observabantur. unde eum, qui de vitibus succisis ita egisset, ut in actione vites nominaret, responsum est, rem perdidisse, quia debuisset arbores nominare eo, quod lex XII tab., ex quo de vitibus succisis actio competeret, generaliter de arboribus succisis loqueretur.«

21) Gajus, 4, 30. »Sed istae omnes legis actiones paulatim in odium venerunt. — itaque per legem Aebutiam et duas Julias sublatae sunt istae legis actiones, effectumque est, ut per concepta verba, id est, per formulas litigaremus.«

22) Marcianus, lib. 1 institut. l. 8. D. 1, 1.

Digitized by Google

den nunmehr als nothwendig erkannten neuen Ergänzungen und Fortbildungen des Jus civile Klagbarkeit zu verschaffen, war nicht mehr eine Subsumirung unter die Verba legis, und daher eine Aufnahme in das eigentliche Jus erforderlich; dem auch schon der Umstand widersprach, daß der Prätor nur ein Imperium annuum hatte, und daher seine Anordnungen in der Regel nur »intra annum« volle Rechtskraft genossen [23]), was nicht genügte, um ihnen die Bedeutung des auf Leges, oder quae legis vicem obtinent, beruhenden Jus zu verschaffen. — Somit blieben also alle Anordnungen des Prätors im Gebiete des Factum stehen; was auch um so eher sich erklärt, als die von ihm vertretene Aequitas und Utilitas an sich dem Gebiete der Natura angehörten, und erst durch die »Auctoritas constituentium« ins Gebiet des Jus eingeführt wurden.

Endlich erscheint aber auch das Factum innerhalb des Gebietes des Jus im engern Sinne, und zwar in Betreff derjenigen Institute, welche freilich mit voller civilrechtlichen Klagbarkeit versehen sind und selbst durch civilrechtliche Handlungen begründet seyn können, allein ihrem Inhalte nach dem Jus naturale angehören und in der Natura hominis begründet sind, und daher von denjenigen Instituten sich wesentlich unterscheiden, welche nur im Jus, d. i. im Jus civile ihren Grund haben; von welchem Gegensatze in dem Folgenden vorzugsweise die Rede seyn wird.

Demnach stellt sich uns in der Römischen Jurisprudenz ein dreifacher Gegensatz von Factum und Jus dar, indem Factum zunächst dasjenige bezeichnet, was in Rerum natura enthalten ist mit Ausschluß des Jus im weitern Sinn, als des Inbegriffes aller, die freie menschliche Thätigkeit normirenden Rechtsregeln des Jus naturale, gentium und civile; dem-

23) pr. I. 4, 12, de perpetuis et temporalibus actionibus: »Eas vero (actiones) quae ex propria Praetoris jurisdictione pendent, plerumque intra annum vivere; nam et ipsius Praetoris intra annum erat imperium.«

Digitized by Google

nächst aber Factum alles, was nicht Jus im engern Sinne des Wortes, d. i. eigentliches Jus civile ist, umfaßt und deshalb auch das Jus praetorium, so wie das nur in diesem anerkannte Jus naturale und gentium mit begreift; endlich Factum auch innerhalb des Gebietes des Jus civile alles dasjenige bezeichnet, was an sich in der Natura hominis und im Jus naturale begründet ist und nicht seinen Ursprung und seine Bedeutung lediglich im Jus civile hat.

Von diesem Standpuncte aus beurtheilen sich nun leicht alle einzelnen Fälle, in welchen sich der Gegensatz von Factum und Jus darstellt; was um so wichtiger ist, als davon die Einsicht in den innern Zusammenhang des Römischen Rechts, so wie die richtige Auffassung vieler einzelnen RechtsInstitute wesentlich abhängt. Wir aber müssen uns hier begnügen, hauptsächlich die schwierigern und bestrittnern Verhältnisse der gedachten Art mit besonderer Berücksichtigung des oben erwähnten dritten Falles nach Inhalt der Quellen kürzlich abzuhandeln, die ausführlichere Darstellung einzelner Lehren, mit genauerer Berücksichtigung der Literatur, uns für spätere Abhandlungen vorbehaltend.

Im Gebiete des Jus tritt uns als etwas, was seinem Inhalt und Wesen nach an sich durchaus Facti ist, woran aber das Jus vielfach geknüpft ist, vor allem Zweierlei entgegen, nämlich der Mensch als solcher, und die menschliche Handlung. Beides stellt sich als Facti um so entschiedener heraus, als neben dem Menschen auch die, lediglich dem Jus angehörende, von der Libertas, Civitas und Familia wesentlich bedingte Persona, so wie neben der Handlung auch der im Jus begründete Actus legitimus vorkommen. Erwägen wir nun den Menschen als solchen in seinen factischen, für das Jus wichtigen und von diesem mehr oder minder ergriffenen Verhältnissen, so tritt er uns, und zwar selbst als Servus und Filius familias, im Gebiete des Jus civile wie des Jus praetorium zunächst in allen Verhältnissen der Possessio naturalis entgegen, in-

Digitized by Google

sofern er sich Corpore und Intellectu der Sache bemächtigt hat; wodurch diese zu dem natürlichen Menschen als solchem in ein factisches Verhältniß kommt, welches aber durch das Jus häufig in ein rechtliches, Dominium oder Possessio civilis, verwandelt wird [24]).

Wenn gleich die eigentlichen Servitutes personarum nur der, von der Familia wesentlich abhängigen wahren Persona gehörten, und daher zu den »privata hominis

---

24) Papinianus, lib. 1 definitionum, l. 49, pr. D. 41, 2: »Plurimum ex jure possessio mutuatur.« — Idem, lib. 3 quaestionum, l. 19. D. 4, 6, Ex quibus causis majores etc.: »Possessio plurimum facti habet; causa vero facti non continetur postliminio.« — Paulus, lib. 54 ad edictum, l. 1, §. 3. D. 41, 2: »Ofilius quidem et Nerva filius etiam sine tutoris auctoritate possidere incipere posse pupillum ajunt; eam enim rem facti, non juris esse; quae sententia recipi potest, si ejus aetatis sint, ut intellectum capiant.« — Ulpianus, lib. 30 ad Sabinum, l. 29. D. 41, 2: »Possessionem pupillum sine tutoris auctoritate amittere posse constat; non ut animo, sed ut corpore desinat possidere; quod enim facti est potest amittere. Alia causa est, si forte animo possessionem velit amittere; hoc enim non potest.« — Insofern das Possidere auf dem Corpus possessionis ruht, ist es Facti; insofern auf dem Animus sibi possidendi, Juris; worauf auch der Gegensatz der Possessio naturalis und civilis sich gründet. Daher kann der Filius familias, so wie der Servus wohl eine Possessio naturalis, nicht aber die Possessio civilis haben: Papinianus, lib. 2 definitionum, l. 49, §. 1. D. 41, 2: »Qui in aliena potestate sunt, rem peculiarem tenere possunt; habere, possidere non possunt, quia possessio non tantum corporis, sed et juris est;« (was insbesondere auch auf das civilrechtliche habere geht.) Javolenus, lib. 14 epistolarum, l. 24. D. 41, 2: »Quod ex justa causa corporaliter a servo tenetur, id in peculio servi est, et peculium, quod servus civiliter quidem possidere non posset, sed naturaliter tenet, dominus creditur possidere.«

Digitized by Google

et familiae ejus jura« gehörten; so gab es doch neben jenen, nämlich dem Ususfructus und Usus, auch persönliche QuasiServituten, welche nur dem Menschen zustanden und daher durch eine Capitis deminutio nicht verloren gingen. Dieß gilt zunächst von der Habitatio, welche demnach in facto, nicht in jure bestand, und nicht gleich dem Ususfructus durch Capitis deminutio verloren ging [25]). Der desfallsige Ausspruch Modestins hätte nicht so häufig gänzlich verkannt werden können, wenn man gehörig erwogen hätte, daß gleich dem Legatum annuum auch die Habitatio an sich

25) Modestinus, lib. 8 differentiarum, l. 10. D. 4, 5, de capite minutis: »Legatum in annos singulos vel menses relictum vel si habitatio legetur, morte quidem legatarii intercidit, capitis deminutione tamen interveniente perseverat; videlicet quia tale legatum in facto potius, quam in jure consistit.« Eine kritische Zusammenstellung der Auslegungsversuche unserer ältern Juristen findet sich in Thibaut's civilistischen Abhandlungen, II, S. 18 ff., welcher namentlich dem Cujacius hier nicht ohne Grund »eine klägliche und ganz unjuristische Wortklauberei« vorwirft. Thibaut hat das Verdienst, zuerst darauf aufmerksam gemacht zu haben, »daß die Römer, »aus sehr gegründeter Milde, den allgemeinen Satz annahmen, daß »AlimentenForderungen von der bürgerlichen Rechtsunfähigkeit unabhängig und insofern als etwas rein Natürliches zu behandeln seyen, »und daß daher auch von der Habitatio die Worte des Gajus, (l. 8. »D. 4, 5.) gelten müßten: Eas obligationes, quae naturalem »praestationem habere intelliguntur, palam est capitis »deminutione non perire, quia civilis ratio naturalia »jura corrumpere non potest.« Nur ist zu bedauern, daß Thibaut bloß bei dem Ursprung der Habitatio aus Pietät und Mitleiden stehen blieb, und auf den Gegensatz von Factum und Jus, so wie auf die juristische Bedeutung der naturales praestationes und naturalia jura nicht näher einging. Wenn Mühlenbruch, Lehrb. d. Pand. Th. 1, §. 75. in Beziehung auf obige l. 10. den Ausdruck in facto auf solche Rechte beziehen will, »wobei streng juristische Regeln ganz und gar nicht zur Anwendung kämen;« so ist damit das Verhältniß noch zu wenig genau bezeichnet.

Digitized by Google

zu den Alimenten gehöre [26]), diese aber ihrem Begriffe nach wesentlich auf den bloßen Menschen und seine leiblichen Bedürfnisse sich beziehen, und daher, in facto bestehend, von der Capitis deminutio unabhängig seyn mußten. Daß durch Legate derartige Alimente begründet wurden, gab ihnen noch keinen ausschließlich civilrechtlichen Charakter, da sie dem Menschen zustanden, und dieser als solcher nur naturalia jura haben konnte, welche von der civilis ratio der Capitis deminutio im Wesentlichen unberührt blieben. Hieraus erklärt sich dann auch von selbst, daß die Humanitas, welche vor allen die leiblichen Bedürfnisse des Menschen berücksichtigt, das leitende Princip in der Lehre von der Habitatio war; weshalb, damit dem Menschen nie ein Obdach fehle, die Habitatio durch Nonusus nicht verloren ging [27]), spätere kaiserliche Rescripte sie ausdrücklich selbst zu Gunsten des Servus poenae und Deportatus anerkannten [28]), und noch Justinian in seiner Decision über die Habitatio sich durch Rücksichten der Humanitas leiten ließ [29]). Aus dem Angeführten ergibt es sich nun aber auch von selbst, warum die Habitatio nie ausdrücklich unter den Servitutes personarum aufgeführt wird; warum zu den Res incorpo-

26) Javolenus, lib. 2 ex Cassio, l. 6. D. 34, 1, de alimentis: »Legatis alimentis cibaria et vestitus et habitatio debebitur, quia sine his ali corpus non potest.« S. a. Ulpianus, l. 8, §. 1. D. 2, 15, de transactionibus.

27) Ulpianus, lib. 17 ad Sabinum, l. 10, pr. D. 7, 8, de usu et habitat.: »(Habitatio) nec non utendo amittitur, nec capitis deminutione.«

28) Marcianus, l. 11 institut. l. 3, pr. D. 34, 8. Idem, l. 16. D. 48, 22 (nicht glossirt).

29) L. 13. C. 3, 33, de usufructu, et habitatione et ministerio servorum: »Et si quidem habitationem qui reliquerit, ad humaniorem declinare sententiam nobis visum est, etc.«

Digitized by Google

rales, quae in jure consistunt, gleichfalls nur der Ususfructus und Usus gerechnet werden; warum endlich die Habitatio nicht schlechthin als Jus, sondern als ein »quasi proprium aliquod jus« bezeichnet wird, welches wohl Effectu dem Usus sehr nahe stand, allein seinem rechtlichen Charakter nach von diesem wesentlich verschieden war [30]).

30) Wenn Marcianus, lib. 3 regularum, l. 1. D. 8, 1, de servitutibus, sagt: »Servitutes aut personarum sunt, ut usus et ususfructus, aut rerum, ut servitutes rusticorum praediorum et urbanorum;« so können wir hierin keine zufällige Auslassung der Habitatio, und bloß beispielsweise Anführung des Usus und Ususfructus finden; indem solches theils die Gleichstellung mit den Servitutes praediorum rusticorum und urbanorum theils und insbesondere der Umstand nicht gestattet, daß bei dem streng civilrechtlichen Begriff der Persona die Habitatio nach Obigem nie zu den Servitutes personarum im eigentlichen Sinne gezählt werden konnte; weshalb sie auch nirgends unter diesen ausdrücklich aufgeführt, oder als solche bezeichnet wird. Imgleichen finden wir unter denjenigen, »quae in jure consistunt,« nur den Ususfructus und Usus, nicht die Habitatio aufgeführt (§. 2. I. 2, 2, de rebus corporalibus et incorporalibus), so wie diese in §. 5. I. 2, 5, de usu et habitatione, auch nur als ein »quasi proprium aliquod jus« bezeichnet wird, welches sich freilich zunächst an den Usus anschloß (Cfr. Pomponius, lib. 33 ad Sabinum, l. 32. D. 7, 1, de usufructu; Ulpianus, lib. 17 ad Sabinum, l. 10, pr. D. 7, 8, de usu et habitatione); allein in rechtlicher Hinsicht sich wesentlich von demselben unterschied. (Cfr. l. 10 cit.). Wie neben den eigentlichen Servitutes praediorum, Quasi Servitutes vorkamen, (z. B. l. 1, §. 23. D. 39, 3, de aqua et aquae pluviae arcendae, Ulpianus, lib. 53 ad edict.: »eritque ista quasi servitus, in quam rem utilem actionem habemus vel interdictum«); so schließt sich demnach auch die Habitatio an den Usus und Ususfructus als eine Quasi Servitus an, welche, als solche in facto bestehend, nur Jure praetorio durch eine utilis actio confessoria geltend zu machen war; wenn gleich daneben die civilrechtliche Actio ex testamento für den Fall bestand, daß das Legat als solches Jure civili gültig war, na-

Digitized by Google

Was von der Habitatio gesagt ist, gilt im Ganzen auch von den Operae servorum, welche, dem Menschen als solchem zustehend, durch Capitis deminutio nicht verloren gingen [31]; denn indem der Mensch von Natur des Menschen und seiner Dienstleistungen bedarf, und Jure gentium die Servitus einmal begründet war, boten sich die Operae servorum zur Befriedigung dieses Bedürfnisses von selbst dar, und durften gleich der Habitatio nach Analogie der Alimente betrachtet werden [32].

---

mentlich die civilrechtliche Erwerbfähigkeit nicht fehlte. — Noch muß ich aus Veranlassung des Ausdruckes Quasi servitus hier anführen, daß von Meyerfeld, »die Lehre von den Schenkungen nach Röm. Recht,« Marburg, 1837, B. 2, Abth. 1, S. 29, sich in Betreff der Schenkung eines ganzen Vermögens auf meine frühere Abhandlung hierüber in der Themis, 1, S. 334 ff. beruft, jedoch hinzufügt: »wo indeß wohl mit Unrecht »Quasi heres« zu einem Substantiv gestempelt ist.« Wenn gleich nach dem Genius der Lat. Sprache das: Quasi allerdings mehr die Modalität des Esse, oder der Thätigkeit, als unmittelbar des Subjectes selber bezeichnet, so bleibt für uns doch nichts übrig, wenn wir nicht auf alle Vortheile eines festen und genau bezeichnenden Sprachgebrauches für unsere Jurisprudenz Verzicht leisten wollen, als jenes Quasi auf das Subject zu beziehen, und mit diesem zu Einem Substantiv zu verschmelzen, welchem Verfahren sich auch die Römischen Juristen wenigstens sehr genähert haben, wenn sie reden von quasi Ususfructus, quasi Dos, quasi Possessio, quasi Pignus, quasi Tutor, quasi Heres etc. Cfr. Brissonius de V. S. s. h. v. und mein Promptuarium Gajanum s. h. v.

31) Papinianus, lib. 17 quaest. l. 2. D. 33, 2, de usu etc. legato: »Hominis operae legatae capitis deminutione vel non utendo non amittuntur.« Paulus, l. 1, §. 9. D. 3, 2, ad legem Falcidiam: »Operis servi legatis — ex omnibus, quae sint facti — etc.« Cfr. l. 2. D. 7, 7, de operis servorum.

32) Dennoch sind aber nur die Habitatio und Operae servorum, weil sie sich analog an den Usus und Ususfructus anreihten, als persönliche Quasi-Servituten zu behandeln, nicht die übrigen bloßen

An diese persönlichen QuasiServituten reihen sich nun aber auch alle Obligationen, welche naturales praestationes zu ihrem Gegenstande haben, d. i. welche dem natürlichen Menschen, nicht der civilrechtlichen Persona zu leisten sind, daher naturalia jura begründen und ebenfalls von der Capitis deminutio an sich nicht wesentlich berührt werden, wenn solches nicht aus andern zufälligen Gründen geschieht. Dahin gehören nun zunächst alle AlimentenForderungen im weitern Sinne, mit Inbegriff der DotalForderung. Denn indem die Dos wesentlich den Onera matrimonii dient [33]), die Ehe aber in der Natura hominis begründet ist, fällt auch sie unter den Begriff der Alimente, und genießt daher auch den gleichen Favor juris [34]). Es wird nun aber in Betreff der Dotis actio und ihrer Fortdauer post capitis deminutionem noch ein anderer Grund geltend gemacht von Gajus, lib. 4. ad edictum provinciale [35]). Hier heißt es nämlich:

> Eas obligationes, quae naturalem praestationem habere intelliguntur, palam est, capitis deminutione non perire, quia civilis ratio naturalia jura corrumpere non potest. Itaque de dote actio, quia in bonum et aequum concepta est, nihilominus durat etiam post capitis deminutionem.

AlimentenForderungen, namentlich das oben gedachte Legatum annuum, die Alimenta de praediis relicta, etc. — Denn indem für diese sich keine derartige Analogie darbot, blieb hinsichtlich ihrer nur der obligatorische Gesichtspunkt möglich, der freilich auch bei jenen eintrat, insofern Jure civili mit der Actio ex testamento geklagt ward.

33) Tryphonius, lib. 9 disputationum, l. 76. in f. D. 23, 3, de jure dotium: »Nisi matrimonii oneribus serviat, dos nulla est.«

34) Paulus, lib. 6 quaestionum, l. 70. D. 23, 3: »In ambiguis pro dotibus respondere, melius est«

35) L. 8. D. 4, 5, de capite minutis.

Digitized by Google

Demnach wird als Grund, warum diese Klage nicht durch Capitis deminutio verloren ging, hier nicht sowohl der allerdings vorhandene AlimentenCharakter der Dos, als vielmehr der Umstand geltend gemacht, daß sie »in bonum et aequum« concipirt sey. Letzteres war nun aber der Fall bei allen bonae fidei actiones, und es könnte demnach das Ansehen gewinnen, daß alle diese durch Capitis deminutio nicht verloren gingen [36]). Allein es ist nicht zu übersehen, daß es zwei Arten der bonae fidei actiones gab, die Eine Art, welche sich auf die dem Jus naturale angehörenden RechtsVerhältnisse bezog, in denen die Honestas oder Humanitas die leitenden Principien waren, die andere, durch welche die auf Aequitas gegründeten Verhältnisse des eigentlichen Jus gentium geschützt wurden. Während zur letztern Klasse die Actiones emti, venditi, locati, conducti, negotiorum gestorum, communi dividundo etc. gehörten, fielen der erstern Klasse zunächst anheim die Actiones famosae, namentlich die Actiones tutelae, pro socio, mandati, depositi [37]). Denn da in den ihnen entsprechenden, auf Honestas gegründeten Verhältnissen ein Treubruch, ein »Fidem fallere,« vor allem strafbar und mit der Dignitas civis Romani unvereinbar erschien, so war die Infamie die nothwendige Folge desselben; so daß diese Verhältnisse höherer Art unter den besondern Schutz der Ehre gestellt waren. An diese Actiones famosae schlossen sich aber noch verschiedene andere Klagen an, die sich auf Verhältnisse bezogen, welche ebenfalls in der Natura hominis begründet waren, und theils auf Honestas und Liberalitas, theils auf Humanitas beruhten, wie das Commodatum und die Dos. Wenn nun als Grund, warum die Actio

36) Zu dieser Behauptung ist K. A. Schneider, die allgemein subsidiären Klagen des Römischen Rechts, Rostock, 1834, S. 293, durch unsere Stelle verleitet worden.

37) §. 2. I. 4, 16, de poena temere litigantium.

Digitized by Google

de dote durch Capitis deminutio nicht verloren ging, angeführt wird, »quia in bonum et aequum concepta est;« so sind wir zunächst nur befugt, diesen Grund auf dieselbe Klasse von Actiones bonae fidei anzuwenden, zu welcher die DotalKlage selbst gehörte, also auf diejenigen Klagen, welche auf die im Jus naturale begründeten, und ebendeshalb von Gajus als naturales praestationes [38]) bezeichneten Leistungen gerichtet waren. Solches bestätigt sich nun auch sowohl nach allgemeinen Gründen, als durch einzelne Aussprüche der alten Juristen. Die AlimentenForderungen mit Inbegriff der Habitatio und Operae servorum auf der Einen, der Dotal-Forderung auf der andern Seite, sind alle auf die leibliche Seite des natürlichen Menschen gerichtet, und insofern mehr in der Humanitas begründet. Deren Ansprüche erlöschen aber

38) Ueber den richtigen Sinn dieses Ausdruckes ist viel conjecturirt worden. Noch Burchardi sagt in der Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, Göttingen, 1831, S. 267: »Ich muß daher offen gestehen, das Wesen der obligationes, quae naturalem habent praestationem, nicht bestimmen zu können; kann mich aber dabei beruhigen, daß Cujaz, welcher eine Erklärung versucht hat, (Observ. XXII, c. 14; nicht glücklicher ist Faber, rat. ad Pand. IV, 5, ad leg. 8.) auch nicht im Stande gewesen ist, die Sache wahrhaft weiter zu bringen, und daß in praktischer Hinsicht auch nichts darauf ankommt.« Wenn wir gleich ein derartiges offenes Bekenntniß im Interesse der Wissenschaft nur billigen können, so doch nicht die angeführten Beruhigungsgründe; da an einer richtigen theoretischen Auffassung des Römischen Rechts, wie der geehrte Verf. am Wenigsten in Abrede stellen wird, auch in praktischer Hinsicht allerdings sehr viel gelegen ist. Ist es daher auch an sich rühmlich, daß Schneider a. a. O. S. 281 u. ff. sich von einem Versuche zur Aufhellung dieser Dunkelheit nicht abschrecken ließ, so muß der Versuch doch im Wesentlichen als durchaus mißglückt angesehen werden; wie dann wohl nicht leicht jemand im Stande seyn wird, in den wunderbaren Sprüngen, welche der Verfasser hier macht, unsere alten Juristen und ihre ernste gehaltene und gediegene Weise wieder zu erkennen.

Digitized by Google

erst mit dem leiblichen Tode, und daher dauern sie in der Regel selbst ungeachtet der Capitis deminutio maxima und media fort. Was nun aber jene anderweitigen Verhältnisse der Societas, des Mandatum, des Depositum etc. betrifft, so beziehen sich diese mehr auf die geistige Seite des Menschen, auf die freie Thätigkeit desselben. Ist es gleich auch hier der Mensch als solcher, welcher in derartige höhere, nach der Honestas geregelte Verhältnisse eintritt, so wird doch dabei wesentlich vorausgesetzt, daß derselbe eine solche freie und ehrenwerthe Stellung im heutigen Rechtsleben einnehme, welche volles Vertrauen in die Unabhängigkeit seiner Gesinnung gestatte; so wie, daß er im Stande sey, für sein ehrenwerthes Betragen in diesen Verhältnissen mit seiner bürgerlichen Ehre Gewähr zu leisten. Demnach erkennt das Römische Recht reinmenschliche Verhältnisse jener höhern Art mit naturales praestationes nur unter freien Römischen Männern an, welche durch ihre selbstständige Stellung im Römischen Volksleben vor jeder Turpitudo gesichert waren, und welche die Dignitas civis Romani für ihr ehrenwerthes Betragen zum Pfande geben konnten. Da solche Verhältnisse mit einem Servus poenae, oder Deportatus unmöglich mit Ehren fortgesetzt werden konnten, so mußten sie auch durch die Capitis deminutio maxima oder media, welche hier mit Recht dem Tode gleich geachtet wurden, nothwendig erlöschen [39]). Dagegen war

39) Daher heißt es von der Societas bei Modestinus, lib. 3 regularum, l. 4, §. 1. D. 17, 2, pro socio: »Dissociamur renunciatione, morte, capitis minutione, egestate;« und bei Ulpianus, lib. 31 ad edictum, l. 63, §. 10. D. e. t.: »Societas solvitur ex personis, ex rebus, ex voluntate, ex actione. Ideoque sive homines, sive res, sive voluntas, sive actio interierit, distrahi videtur societas. Interemnt autem homines quidem maxima aut media capitis deminutione, aut morte.« — Wenn Paulus, lib. II ad edictum, l. 7, pr. D. 4, 5, de capite minutis, sagt: »Tutelas etiam non amittit capitis minutio;« so versteht er

Digitized by Google

aber die abhängige häusliche Stellung eines freien Römischen Mannes kein wesentliches Hinderniß zur Eingehung derartiger Verhältnisse. Denn da der Filiusfamilias öffentlich als selbstständiger Bürger geschützt war, und mit seiner Dignitas civis Romani für sein ehrenwerthes Betragen haften konnte, so vermochte auch ein Filiusfamilias selbstständig Verhältnisse der gedachten Art einzugehen, und daraus im eignen Namen zu klagen [40]), so wie ebendeshalb auch die Familiae mutatio, oder Capitis deminutio minima diese Verhältnisse keineswegs vernichtete; sondern dieselben namentlich nach der Emancipation der Söhne unverändert fortbestehen ließ [41]);

---

darunter nur die minima, nicht die maxima und media capitis deminutio, wie deutlich erhellt aus den vorhergehenden Worten desselben, ebenfalls aus lib. 11 ad edictum in l. 5, §. 2. D. e. t.: »Nunc respiciendum, quae capitis deminutione pereant: et primo de ea capitis deminutione, quae salva civitate accidit, per quam publica jura non interverti constat;« wie sich denn auch sonst von selbst ergibt, daß ein Servus oder Peregrinus nicht Tutor seyn oder bleiben konnte, wenn gleich besonders im spätern Rechte die Personen bei der Tutel »naturaliter« designirt wurden.

40) Paulus, lib. 9 ad Sabinum, l. 9. D. 44, 7, de obligat. et actionibus: »Filiusfamilias suo nomine nullam actionem habet, nisi injuriarum, et quod vi aut clam, et depositi et commodati, ut Julianus putat.« Ulpianus, lib. 17 ad edictum, l. 19. D. 16, 3, Depositi vel contra. Julianus et Marcellus putant: filiumfamilias depositi recte agere posse. Idem, lib. 30 ad edictum, l. 1, §. 42. D. e. t.: »Filiumfamilias teneri depositi constat, quia et ceteris actionibus tenetur; sed et cum patre ejus agi potest, duntaxat de peculio.« Idem, lib. 28 ad edictum, l. 3, §. 4. D. 13, 6, Commodati vel contra: »Si filiofamilias servove commodatum sit, dumtaxat de peculio agendum erit: cum filio autem familias ipso et directo quis poterit.«

41) Ulpianus, lib. 31 ad edictum, l. 58, §. 2. D. 17, 2, Pro socio: »Si filiusfamilias societatem coierit, deinde emancipatus a patre fuerit, apud Julianum

Digitized by Google

woraus auch erhellt, daß es nicht die, wesentlich an die Familia geknüpfte civilrechtliche Persona privata war, welche hier in Frage stand, sondern daß die Obligationes, »quae naturalem praestationem continent,« sich nur auf die »Persona naturaliter designata«

---

quaeritur, an eadem societas duret, an vero alia sit, si forte post emancipationem in societate duratum est. Julianus scripsit libro XIV digestorum, eandem societatem durare; initium enim in his contractibus inspiciendum: duabus autem actionibus agendum esse, una adversus patrem, altera adversus filium, cum patre de eo, cujus dies ante emancipationem cessit, — cum filio autem de utroque tempore, id est, de tota societate.« — Paulus, lib. 32 ad edictum, l. 65, §. 11. D. e. t.: »Societas, quemadmodum ad heredes socii non transit, ita nec ad adrogatorem. — Ipse autem adrogatus socius permanet; nam etsi filiusfamilias emancipatus fuerit, permanebit socius.« Idem, lib. 2. ad Neratium, l. 61. D. 17, 1, Mandati vel contra: »Quod filiofamilias, ut peteret, mandavi, emancipatus exegit, de peculio intra annum utiliter agam. Paulus: Sed et cum filio agendum est.« — Idem, lib. 60 ad edictum, l. 21, pr. D. 16, 3, Depositi vel contra: »Si apud filiumfamilias res deposita sit, et emancipatus rem teneat, pater nec intra annum de peculio debet conveniri, sed ipse filius.« Idem, lib. 11 ad edictum, l. 7, pr. D. 4, 5, de capite minutis: »Tutelas etiam non amittit capitis minutio. — Igitur testamento dati, vel ex lege, vel ex SCto erunt nihilominus tutores. Sed legitimae tutelae ex duodecim tabulis intervertuntur eadem ratione, qua et hereditates exinde legitimae, quia agnatis deferuntur, qui desinunt esse, familia mutata. Ex novis autem legibus et hereditates et tutelas plerumque sic deferuntur, ut personae naturaliter designentur: ut ecce deferunt hereditatem SCta matri et filio.« Durch die Novelle 118 wurden sowohl bei der Tutel, als der Hereditas die Personen überall nur naturaliter designirt; weshalb die Capitis deminutio minima hier im Ganzen jetzt allen Einfluß verloren hat.

Digitized by Google

bezogen; vorausgesetzt jedoch, daß es dieser an der durch die bürgerliche Stellung gesicherten Unabhängigkeit nicht fehlte [42]).

Dennoch mußte aber die patria potestas auch auf diese Obligationen einen entschiedenen Einfluß ausüben. Der Vater konnte nämlich durch seinen Sohn, so gut wie der Herr durch seinen Sclaven, derartige Obligationen für seine eigne Person abschließen. Da »qui ita contrahit, fidem domini (seu parentis) sequi videtur« [43]); so blieb in solchem Falle der Filiusfamilias, gleich dem Servus, für seine eigne Person ganz außer dem Verhältniß; so daß nur dem Vater die Klage zustand, und nur gegen ihn mit der Actio quod jussu geklagt werden konnte [44]). Hatte der Sohn ein Peculium, so verstand es sich von selbst, daß der Vater mit der PeculienKlage belangt werden konnte, sobald jener ex causa peculiari gehandelt hatte. Unter dieser Voraussetzung konnte auch der Servus solche Obligationen eingehen, weil die ihm fehlende bürgerliche Stellung hier ex persona domini ergänzt wurde. Anders aber, wenn Obligationen der gedachten Art unabhängig vom Peculium contrahirt werden sollten, indem hier der Unterschied zwischen dem Servus und Filiusfamilias selbst in Betreff des Peculium nothwendig hervortreten mußte. Hinsichtlich des Erstern waren solche Obligationen ipso jure nichtig, hinsichtlich des

42) Dieselbe Idee, daß ehrenwerthe RechtsVerhältnisse jener höhern Art, welche ein besonderes Vertrauen voraussetzen, nicht mit Sclaven, Heimathlosen und ähnlichem Gesindel, sondern nur mit freien Volksgenossen eingegangen werden konnten, findet sich auch bei den Germanischen, und überhaupt bei allen freien Völkern. — In dieser Hinsicht ist es vielleicht nicht ohne Bedeutung, daß sich bei den Römern neben dem Commodatum das Precarium, und neben dem Depositum das Commendatum fand.

43) §. I. I. 4, 7. Quod cum eo, qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicatur.

44) Cfr. Ulpianus, lib. 31 ad edictum, l. 12, §. 4. D. 17, 1, Mandati vel contra.

Digitized by Google

Letztern aber gültig, und das vom Vater dem Sohne eingeräumte Peculium haftete unbedingt für alle aus den Obligationen des Sohnes hervorgehenden pecuniären Verpflichtungen desselben, mochte dieser ex causa peculiari gehandelt haben, oder nicht; was sich namentlich bei Intercessionen zu Gunsten Dritter wichtig zeigen mußte [45]). In allen diesen Fällen entstanden demnach zwei Klagen aus derselben Obligatio, eine direct gegen den Sohn, welche auch nach der Emancipation desselben noch fortdauerte, und eine andere, die PeculienKlage, gegen den Vater, welche nur während der patria potestas und höchstens Ein Jahr nach Aufhebung derselben angestellt werden konnte [46]). — Wie nun aber, frägt sich, wenn der Sohn gar kein Peculium hatte, und das ganze von ihm eingegangene Rechtsgeschäft doch wesentlich die

45) Ulpianus, lib. 29 ad edictum, l. 3, §. 5—9. D. 15, 1, de peculio: »Si filiusfamilias vel servus pro aliquo fidejusserint, vel alias intervenerint, vel mandaverint, tractatum est, an sit de peculio actio. Et est verius, in servo causam fidejubendi vel mandandi spectandam. — Si igitur quasi intercessor servus intervenerit, non rem peculiarem agens, non obligabitur dominus de peculio. — Sed si filius fidejussor vel quasi interventor acceptus sit, an de peculio patrem obligat, quaeritur. Et est vera Sabini et Cassii sententia, existimantium, semper obligari patrem de peculio, et distare in hoc a servo.«

46) Vgl. die oben Note 41 angezogenen Stellen, insbesondere l. 58, §. 2. D. 17, 2, Pro socio; l. 61, D. 17, 1, Mandati vel contra; l. 21, pr. D. 16, 3, Depositi vel contra. — Auffallend möchte seyn, daß der Vater wohl beim Mandat, anscheinend aber nicht beim Depositum noch intra annum nach aufgehobener Potestas mit der Actio de peculio utiliter belangt werden konnte, was sich jedoch daraus erklärt, daß »si emancipatus rem teneat,« es unbillig wäre, dem Deponenten an einen Anderen, als an den Inhaber der Res deposita selbst zu verweisen. Für den Fall aber, daß der Sohn die Sache veruntreut hatte, war schon nach dem Argumentum e contrario, unstreitig auch hier intra annum die PeculienKlage gegen den Vater begründet.

Digitized by Google

Uebernahme einer pecuniären Verpflichtung begründen sollte; wie z. B. beim ZahlungsMandat. Hier mußten nun nothwendig zunächst die Klagen des Dritten gegen den Vater, und zwar sowohl die Actio quod jussu, als de peculio, gänzlich wegfallen. Allein auch gegen den Sohn konnte mit der gewöhnlichen ContractsKlage nicht geklagt werden, weil der Natur der Sache nach nur Personen, welche VermögensDispositionsBefugnisse hatten, dergleichen Obligationen gültig eingehen konnten [47]). Aber auch in anderer Beziehung erhielten derartige Rechtsgeschäfte des Sohnes eine besondere Bedeutung. Da der Sohn nämlich seine Befugnisse zu VermögensDispositionen während der patria potestas in der Regel nur vom Vater ableiten konnte, so war es auch, vorausgesetzt, daß ihm mit dem Peculium jene Befugnisse wirklich eingeräumt waren, nur der Vater, für den er in die Obligatio eintrat, und welcher daher auch die ContractsKlage allein erwarb [48]). Jedoch war die Fortdauer solcher Obligationen, aus Gründen, welche weiter unten zu entwickeln sind, in der Regel an die Person des Filiusfamilias gebunden, so

47) Ulpianus, lib. 31 ad edictum, l. 12, §. 4. D. 17, 1, Mandati vel contra: »Idem Marcellus ibidem ait, si filiusfamilias non jussu patris fidejusserit, cessat mandati actio, si nihil sit in peculio.«

48) Idem, l. 12, §. 4, 5. D. 17, 1: »Quod si jussu vel ex peculio solutum est, multo magis habet pater mandati. — Si filiofamilias mandavi, ut pro me solveret, patrem, sive ipse solverit, sive filius ex peculio, mandati acturum, Neratius ait. Quod habet rationem; nihil enim mea interest, quis solvat.« Was vom Mandatum solvendi gilt, gilt nicht auch von der Fidejussio. Diese war nicht, wie das Mandat, eine Obligatio civilis mit NaturalPrästationen, sondern, im Gegensatze der alten civilrechtlichen Sponsio und Fidepromissio, Juris gentium, bei der daher abweichende Bestimmungen eintreten konnten. Cfr. Ulpianus, lib. 7 disputation. l. 10, §. 2. D. 46, 1, de fidejussoribus.

Digitized by Google

daß mit seiner Emancipation die Obligatio auch für den Vater aufhörte. So wenig aber, als dem Vater, konnte auch dem Sohne post emancipationem in den genannten Fällen die ContractsKlage zustehen, da er diese für seine Person nie gehabt hatte, und das ContractsVerhältniß mit seiner Emancipation als aufgelöst erschien [49]). — Endlich war die patria potestas auf die vom Sohne eingegangenen fraglichen Obligationen mit NaturalPrästationen auch deshalb von Einfluß, weil der Sohn ja alles, was er erwarb, dem Vater erwarb, und daher auch die, ihm, dem Sohne, aus den gedachten Obligationen direct zustehenden Klagen, welche demnach der Vater, jedoch nur aus der Person des Sohnes, anstellen konnte [50]).

---

49) Idem, l. 12, §. 6. e. t.: »Si filiofamilias mandavero, ut pro me solveret, et emancipatus solvat, verum est, in factum actionem filio dandam; patrem autem post emancipationem solventem negotiorum gestorum actionem habere.« Warum nur der Vater, nicht der Sohn, die Actio negotiorum gestorum hatte, erhellt einfach daraus, daß der Sohn ja einen Auftrag erhalten hatte, welcher jene Klage ausschließt; weshalb für ihn nur eine Actio in factum übrig blieb.

50) Africanus, lib. 7 quaestionum, l. 46, pr. D. 3, 5, de negotiis gestis: »Mandasti filio meo, ut tibi fundum emeret; quod cum cognovissem, ipse eum tibi emi. Puto referre, qua mente emerim: nam si propter ea, quae tibi necessaria esse scirem, et te ejus voluntatis esse, ut emptum habere velles, agemus inter nos negotiorum gestorum. — Si vero propterea emerim, ne filius mandati judicio teneatur, magis est, ut ex persona ejus et ego tecum mandati agere possim, et tu mecum actione habeas de peculio.« Wenn nämlich der Vater im Interesse seines Sohnes und Namens desselben handelt, gleichsam als dessen Negotiorum gestor, so bewirkt er dadurch, daß das dem Sohne gewordene Mandat zur Ausführung kommt, und damit nun gegen ihn als Vater des Sohnes die PeculienKlage begründet ist; dagegen er aber auch ex persona filii die diesem durch seine Geschäftsführung erworbene Actio mandati sc. contraria gegen den Mandanten hat; während wenn der Vater

Digitized by Google

Wenn nun nach dem seither Entwickelten der Filiusfamilias Obligationen mit NaturalPrästationen mit alleiniger Ausnahme derer, welche wesentlich VermögensDispositionsBefugnisse voraussetzten, für seine eigne Person eingehen konnte, und dieselben daher, der Capitis deminutio minima ungeachtet, unverändert fortdauerten, so gilt dieses doch nicht auch von der Filiafamilias. Mochten sonst beide im Wesentlichen sich gleichstehen, so fand hier doch ein bedeutender Unterschied statt. Wie nämlich für den Mann eine unabhängige bürgerliche Stellung und daher der Status libertatis und Civitatis zur Eingehung jener Verhältnisse erforderlich waren, so bedurfte die Frau bei dem Mangel einer hinreichend anerkannten öffentlichen Stellung, wie sie der Filiusfamilias hatte, mindestens häusliche Unabhängigkeit und Selbstständigkeit; weshalb nur eine Materfamilias, die sui juris war, Verhältnisse der gedachten Art für ihre eigne Person eingehen konnte; während die Filiafamilias, welcher es an aller öffentlichen und häuslichen Unabhängigkeit fehlte, hier ganz der Ancilla gleich stand, und nur für den Vater Obligationen der erwähnten Art abschließen konnte [51]).

So wie nun aber bei den gedachten Obligationes ex contractu der Mensch als solcher, vorausgesetzt, daß es ihm an der erforderlichen Unabhängigkeit und Selbstständigkeit nicht fehlte, in Betracht kam, so war Er es auch, welcher gewisse Obligationes ex delicto erwarb. Delicte, welche sich wesentlich auf das Vermögen bezogen, als das Furtum, die

---

allein im Interesse des Mandanten als dessen Negotiorum gestor gehandelt hat, aus dem nicht zur Ausführung gelangten Mandate keine Klagen erwachsen sind.

51) Ulpianus, lib. 28 ad edictum, l. 3, §. 4. D. 13, 6, Commodati vel contra: »Si filiofamilias servove commodatum sit, dumtaxat de peculio agendum erit: cum filio autem familias ipso et directo quis poterit. Sed et si ancillae vel filiaefamilias commodaverit, dumtaxat de peculio erit agendum.«

Digitized by Google

Rapina, das Damnum injuria datum, konnten der Natur der Sache nach nur gegen den Paterfamilias, nicht gegen den Filiusfamilias, begangen werden. Anders aber verhielt es sich mit der Injuria, durch welche Handlung die Ehre und Persönlichkeit des Menschen als solche, insofern sie durch seine bürgerliche Stellung anerkannt und gesichert war, und daher als Dignitas civis Romani erschien, gekränkt und verletzt ward. Deshalb erwarb auch der Filiusfamilias aus der erlittnen Injurie einen Anspruch auf Genugthuung und das Recht zur Klage im eignen Namen [52]). Dabei fand jedoch zwischen dem CivilRechte und dem prätorischen Rechte der wichtige Unterschied statt, daß ex lege Cornelia in den von ihr genannten Fällen nur der beleidigte Sohn selber, nicht der Vater, Injuriarum klagen konnte, während Jure praetorio der Sohn die Anstellung der in seinem Namen erworbenen Klage regelmäßig dem Vater überlassen mußte, und nur Ausnahmsweise diese ihm selber gestattet war [53]). Ging

52) Paulus, lib. 9 ad Sabinum, l. 9. D. 44, 7, de obl. et act.: »Filiusfamilias suo nomine nullam actionem habet nisi injuriarum, etc.«

53) Ulpianus, lib. 56 ad edictum, l. 5, §. 6. D. 47, 10, de injuriis: »Illud quaeritur, an pater filiofamilias injuriam passo ex lege Cornelia injuriarum agere possit. Et placuit, non posse, deque ea re inter omnes constat; sed patri quidem praetoria injuriarum actio competit, filio vero legis Corneliae.« Idem, lib. 57 ad edictum, l. 17, §. 10, 11, 20. D. e. t.: »Ait Praetor: »Si ei, qui in alterius potestate erit, injuria facta esse dicetur, et neque is, cujus in potestate est, praesens erit, neque procurator quisquam existat, qui eo nomine agat, causa cognita ipsi, qui injuriam accepisse dicetur, judicium dabo.« Filiofamilias injuriam passo, si praesens sit pater, agere tamen non possit; propter furorem, vel quem alium casum dementiae, puto competere injuriarum actionem, nam hic pater ejus absentis loco est. Plane si praesens agere nolit, vel quia differt, vel quia remittit atque donat injuriam, magis est, ut filio actio

Digitized by Google

nun gleich mit der Capitis deminutio maxima und media die InjurienKlage nothwendig verloren, da die Verletzung der eingebüßten Dignitas civis Romani unmöglich noch von einem Servus oder Peregrinus geltend gemacht werden konnte; so hatte doch die Capitis deminutio minima auf sie keinen Einfluß, eben weil jene Dignitas unverändert blieb, und der Filiusfamilias nicht als solcher, sondern als Mensch und Bürger sie erworben hatte. Daher konnte der Emancipirte seine InjurienKlage jetzt selbst anstellen, und auch dann, wenn der Vater sie bereits angestellt hatte, ging der Proceß nunmehr doch auf den Sohn über [54]). Da auch der Filiafamilias die Dignitas civis Romanae zustand, so fand hier zwischen ihr und dem Filiusfamilias kein Unterschied statt, und der Vater erwarb daher neben der, aus der Beleidigung seiner Liberi in potestate für ihn selbst überall eintretenden Klage im eignen Namen, auch hier eine Klage Namens der Tochter [55]). —

---

non detur; nam et cum abest, idcirco datur filio actio, quia verisimile est, patrem, si praesens fuisset, acturum fuisse. Interdum tamen putamus, etsi pater remittat, injuriarum actio filio dandam; utputa si patris persona vilis objectaque sit, filii honesta: neque enim debet pater vilissimus filii sui contumeliam ad suam utilitatem metiri: — §. 20. (Julianus) intelligi autem filium, inquit, familias suo nomine agere, cum patre cessante Praetor ei agere permittat.«

54) Ulpianus, lib. cit., l. 17, §. 14 cit.: »Sed si pater, lite contestata, coeperit abesse, vel etiam negligere executionem pater vilis, dicendum est, causa cognita translationem filio competere. Idem et si emancipatus filius esse proponatur.«

55) Ulpianus, lib. 56 ad edictum, l. 1, §. 9. D. 47, 10. »Idem ait Neratius: ex una injuria interdum tribus oriri injuriarum actionem, neque ullius actionem per aliam consumi; utputa uxori meae filiaefamilias injuria facta est, et mihi, et patri ejus et ipsi injuriarum actio incipiet competere.«

Digitized by Google

Wenn übrigens Paulus, lib. 9. ad Sabinum [56]), unter den Klagen, welche der Filiusfamilias suo nomine anstellen könne, neben der Actio injuriarum auch das Interdictum Quod vi aut clam anführt; so hat dieß unstreitig in der nahen Verwandschaft beider Rechtsmittel ihren Grund. Bekanntlich ist dieses Interdict gegen Jeden gerichtet, der Grundwerke vi oder clam aufführt, selbst wenn er an sich dazu berechtigt wäre, indem er sein Recht hätte vertreten, nicht aber mit Gewalt oder Heimlichkeit sein Ziel verfolgen sollen. Wer den Widerspruch des Andern nicht achtet, selbst wenn dieser solchen etwa durch einen Lapilli jactus geltend zu machen sucht, handelt nicht nur gewaltsam, sondern verletzt eben damit auch die Ehre und Persönlichkeit des Andern, welcher daher namentlich durch Demolirung des fraglichen Werkes Genugthuung fordern kann. Eben weil hier die verletzte Ehre und Persönlichkeit als solche in Frage steht, muß der Anspruch auf Wiederaufhebung des vi oder clam Geschehenen dem Filiusfamilias so gut, als dem Paterfamilias zu Gute kommen, so daß auch jener suo nomine das Interdictum Quod vi aut clam anstellen kann [57]). —

Daß es nun auch der Mensch als solcher ist, welcher in

---

56) L. 9. D. 41, 7, de oblig. et action.

57) Ulpianus, lib. 57 ad edictum, l. 1, §. 1, 2, 5, 6. D. 43, 24, Quod vi aut clam: »Hoc interdictum restitutorium est, et per hoc occursum est calliditati eorum, qui vi aut clam quaedam moliuntur: jubentur enim ea restituere. Et parvi refert, utrum jus habuerit faciendi, an non; sive enim jus habuit, sive non, tamen tenetur Interdicto, propter quod vi aut clam fecit: tueri enim jus suum debuit, non injuriam comminisci. — §. 5. Vi factum videri, Quintus Mucius scripsit, si quis contra, quam prohiberetur, fecerit. — Sed et si quis jactu vel minimi lapilli prohibitus facere, perseveravit facere, hunc quoque vi fecisse videri, Paedius et Pomponius scribunt; eoque jure utimur.«

Digitized by Google

der Ehe, im älterlichen Verhältniß, und in der Vormundschaft zunächst in Betracht kommt, obgleich besonders im ältern Römischen Rechte die Stellung desselben zur Familia sich hier vorzugsweise offenbarte, und durch sie jene reinmenschlichen Verhältnisse großen Theils ins Gebiet des Jus hinüber gezogen wurden, ergibt sich im Ganzen von selbst, und kann hier, da eine Nachweisung im Einzelnen die Grenzen dieses Aufsatzes zu sehr überschreiten würde, nur im Allgemeinen angedeutet werden. —

Das Erbrecht ist dagegen ein Verhältniß, welches seinen Grund an sich nicht in der Natura, sondern allein im Jus hat, weshalb hier ursprünglich auch allein die von der Familia wesentlich abhängige civilrechtliche Persona in Betracht kam. Erst durch den Prätor wurden die in der Aequitas naturalis begründeten Ansprüche der Kinder und Blutsverwandten als solcher, jedoch nur in Beziehung auf die Bonorum possessio, geltend gemacht, bis später auch das Civilrecht namentlich das natürliche Verhältniß der Mutter und Kinder hinsichtlich der Hereditas zu Ehren brachte, und endlich Justinian in der Novelle 118 das ganze IntestatErbrecht auf der anscheinend billigen Berücksichtigung der natürlichen Verwandschaftsverhältnisse, ganz abgesehen von der Familia, neu zu gründen suchte; wodurch eben das Römisch-Justinianeische Recht so entschieden auf die FamilienVerhältnisse des heutigen Bürgerstandes eingewirkt hat.

Neben dem Menschen selbst kommen nun aber auch die menschlichen Handlungen als in facto bestehend, wie schon der Name bezeugt, vielfach im Gebiete des Jus vor, indem an die Handlungen die vielfachsten civilrechtlichen Folgen sich anknüpfen, und sie insbesondere einen wichtigen Gegenstand der CivilRechtsgeschäfte bilden. Da die Handlung eine bloße Aeußerung der natürlichen Persönlichkeit des Menschen ist, so versteht sich nicht nur von selbst, daß gleich dem Menschen auch seine Handlung in facto besteht, sondern auch daß die bürgerlichen Verschiedenheiten der Menschen auf die

Digitized by Google

factiſche Bedeutung der Handlungen keinen weſentlichen Einfluß hat, weshalb die Handlungen der Liberi und Servi in potestate als ſolche von gleicher Bedeutung mit denen des Paterfamilias ſind. Dieß gilt nicht bloß von der Leiſtung, ſondern auch von der Entgegennahme einer Handlung, welche zur Vollendung derſelben oft weſentlich erforderlich iſt, ſo daß demnach ein Servus eine Handlung ſo gut entgegennehmen, als ſelbſt ausführen, ſie ihm und von ihm geleiſtet werden konnte. Daß nun aber die Rechtsgeſchäfte, deren Gegenſtand ſolche Handlungen ſind, dem Jus civile angehören, ändert in der factiſchen Bedeutung ihres Inhaltes nichts, weshalb auch die Handlungen eines Servus oder Filiusfamilias mit demſelben Grunde den Gegenſtand einer Stipulatio bilden können, als z. B. die Habitatio den Gegenſtand eines Legates, während die Stipulatio nichtig iſt, wenn ein Servus für ſich ein Jus ſtipulirt, oder in eigner Perſon ein Jus verſpricht [58]). Die Römiſchen Juriſten ſuchten daher die in den Stipulationen der Servi gebrauchten Verba juris wo möglich auf ein Factum, oder was in facto beſtand, wie die Possessio naturalis zu beziehen, um ſo die Stipulatio aufrecht zu erhalten [59]). Wurden jedoch die Stipulationen der Servi und Liberi in potestate ohne Erwähnung der eignen Perſon al-

58) Julianus, lib. 52 digestorum, l. 38, §. 6. D. 45, 1, de verborum obligationibus: »Si servus stipuletur, sibi habere licere, aut per se non fieri, quominus habere stipulatori liceat, promittat, stipulatio non committitur; non enim factum, sed jus in hac stipulatione vertitur. Quum vero stipulatur, per promissorem non fieri, quominus sibi ire agere liceat, non jus stipulationis, sed factum versatur.«

59) Ulpianus, lib. 49 ad Sabinum, l. 38, §. 6 cit.: »Sed videtur mihi, licet juris verba continet haec stipulatio: habere licere, tamen sic esse accipiendam, ut in servo et in filiofamilias videatur actum esse de possessione retinenda, aut non auferenda, et vires habeat stipulatio.«

lein in Beziehung auf die Person des Dominus oder Parens, deren Stellvertreter jene waren, abgeschlossen, so waren auch ihre auf das Jus gerichteten Stipulationen gültig, sonst aber nur die, welche in facto bestanden, d. i. auf ein Factum gerichtet waren [60]). — Ueberall aber, wo eine Stipulation auf ein Factum gerichtet war, einerlei von wem sie abgeschlossen worden, verstand es sich von selbst, daß das Factum des Stipulirenden selbst gemeint war, weshalb die Persona stipulantis hier wesentlich in Betracht kam; so daß im Fall ein Servus in dieser Art stipulirt hatte, der Dominus nur mittelbar erwarb, und der Inhalt der Stipulation zunächst den Servus selbst berührte [61]). Jener Grundsatz, daß das Factum nothwendig auf die Persona stipulantis zu beziehen sey, bewirkte aber auch, daß wenn die Handlung des Servus oder Filius positiv oder negativ Gegenstand der Stipulation seyn sollte, der Servus oder Filius selbst stipuliren mußten, und der Dominus oder Parens nicht für sie gültig stipuliren konnten; während dieß da allerdings möglich war, wo die Stipulatio auf ein Jus ging, indem wenn der Dominus oder Parens für Jenen z. B. in Beziehung auf Causae peculiares

60) Paulus, lib. 15 quaestionum, l. 130. D. 45, 1: »Contra autem filius etiam, ut ire patri liceat, stipulando adquiret ei; imo et quod in suam personam conferre non potest, hoc patri adquiret.«

61) §. 3. I. 3, 17, de stipulatione servorum: »Sed quum factum in stipulatione continebitur, omnimodo persona stipulantis continetur, veluti si servus stipuletur, ut sibi ire agere liceat; ipse enim tantum prohiberi non debet, non etiam dominus ejus.« Nach den Bemerkungen Ulpians in der l. 38, §. 6 cit. war übrigens eine derartige Stipulation auf den QuasiBesitz der Servitut zu beziehen, so daß dem Servus das Ire et agere gestattet werden mußte, und solches nur indirect dem Dominus zu Gute kam, welcher daher hier auch keine eigentliche Servitus personae, sondern nur eine an die Person des Servus geknüpfte und in facto bestehende QuasiServitut geltend machen konnte.

Digitized by Google

in dieser Art stipulirte, er der Strenge nach für sich selbst stipulirte, weil Servus oder Filius ihm alle Jura erwarben [62]).

Aber noch in einer andern Beziehung mußte jenes Princip, daß das Factum sich auf die Persona stipulantis bezöge, höchst wichtig werden, nämlich hinsichtlich der Frage, ob Stipulationes, quae in faciendo consistunt, auf die Erben sowohl des Stipulator, als des Promissor übergingen? Daß das Jus civile und dessen Vertreter, die Sabinianer, bei der strengen Geltendmachung jenes Princips gegen die Vererbung seyn mußten, ergibt sich von selbst. Nur wenn die auf Facta gerichteten Stipulationen auch auf die Facta der Erben ausdrücklich mit bezogen wurden, ließ das Jus civile eine Vererbung zu [63]). Dagegen scheinen nun die Proculejaner der Meinung gewesen zu seyn, daß die auf Facta gerichteten Stipulationen, wenn sie nicht auf individuelle Eigenschaften des Schuldners sich bezogen, schon von selbst auch auf die Erben übergingen. Wenigstens hat Justinian die desfallsigen Streitigkeiten im ältern Recht dahin entschieden, daß alle auf Facta gerichteten Stipulationen schon ipso jure auf die Erben beider Theile übergehen sollten [64]). —

---

62) Paulus, lib. 15 quaestionum, l. 130. D. 45, 1: »Quod dicitur, patrem filio utiliter stipulari, quasi sibi ille stipularetur, hoc in his verum est, quae juris sunt, quaeque adquiri patri possunt; alioquin si factum conferatur in personam filii, inutiliter erit stipulatio, veluti ut tenere ei, vel ire agere liceat.«

63) Cfr. Scaevola, lib. 13 quaestion, l. 133. D. 45, 1: »Si sic stipulatus sim: neque per te, neque per heredem tuum vim fieri spondes? et egi, quod mihi vim feceris: recte remanere factum heredis in stipulatione. — Idem, l. 131, pr. D. 45, 1: Julianus scripsit, si: neque per te neque per heredem tuum Titium fieret, quominus mihi ire liceat, stipuler, non solum Titium teneri, si prohibeat, sed etiam coheredes ejus.«

64) Justinianus A. Juliano P. P. de a. 530, l. 13. C. 8, 38, de contrahenda et committenda stipulatione: »Ve-

Digitized by Google

Endlich ward obiges Princip noch in der Beziehung bedeutungsvoll, daß die Römer auch in den, dem Jus naturale et gentium angehörenden Rechtshandlungen nur Facta sahen [65]; weshalb auch hinsichtlich ihrer die Persona wesentlich in Betracht kommen mußte. Dieß galt sowohl von solchen Rechtshandlungen, welche unmittelbar den Eigenthumsübergang einer Sache begründeten, ein Dare enthielten, als von allen übrigen natürlichen Rechtshandlungen, welche im Gegensatze dessen als bloßes Facere erschienen [66]. Hatte da-

---

teris juris altercationes decidentes, generaliter sancimus, omnem stipulationem, sive in dando, sive in faciendo, sive mixta ex dando et faciendo inveniatur, et ad heredes et contra heredes transmitti, sive specialis heredum fiat mentio, sive non. Cur enim quod in principalibus personis justum est, non ad heredes et adversus eos transmittatur? Et sic existimentur hujusmodi stipulationes, quasi tantummodo in dando fuerint conceptae, cum nihilominus et heredes factum possunt adimplere: illa subtili et supervacua scrupulositate explosa, per quam putabant, non esse possibile factum ab alio compleri, quod alii impositum est. Et quare, cum pene similis omnium hominum natura est, non etiam facta omnes, vel plus, vel paulo minus adimplere possint, ne ex hujusmodi subtilitate cadant hominum voluntates.«

65) Julianus, lib. 21 digestorum, l. 7, §. 3. D. 27, 10, de curatoribus furioso dandis: »Solutio, venditio, traditio, facti magis, quam juris sunt.«

66) Namentlich in den Stipulationen und Klagformeln tritt der Unterschied zwischen Dare und Facere uns besonders entgegen. Das Dare ging auf eine Res, und zwar eine Res certa, weshalb auch die Klage auf ein Dare eine Condictio certi war. Allein auch die auf ein eigentliches Facere gerichteten Stipulationen wurden dadurch auf ein Dare regelmäßig zurückgeführt, daß gewöhnlich für den Uebertretungsfall eine Geldstrafe stipulirt ward. Daher sagt Justinian, §. 7. I. 3, 15, de verborum obligationibus: »Non solum res in stipulatum deduci possunt, sed etiam facta, ut si stipulemur, aliquid fieri, vel non

Digitized by Google

her ein Servus sich ein Dare stipulirt, oder war ein Heres durch ein Legatum per damnationem zu Gunsten eines Servus zum Dare verpflichtet worden; so mußte, weil hier ein Factum im weitern Sinn in Frage stand, die Sache dem Servus selbst übergeben werden [67]). Dieser erwarb jedoch daraus das Eigenthum nicht für sich, sondern für den Dominus, welcher insofern in der ihm zustehenden Klage die Intentio auf das »sibi dari oportere« richten konnte [68]). —

---

fieri, et in hujusmodi stipulationibus optimum erit poenam subjicere, ne quantitas stipulationis in incerto sit, ac necesse sit actori probare, quid ejus intersit. itaque si quis, ut fiat aliquid, stipuletur, ita adjici poena debet: si ita factum non erit, tunc poenae nomine decem aureos dare spondes? etc.« Aus diesem Grunde gingen dann die Stipulationen regelmäßig auf ein »dare spondes?« so wie die ordentliche Klage aus ihnen deshalb nicht die eigentliche Actio ex stipulatu, sondern die allgemeine Condictio certi war. Cfr. pr. I. 3, 15.

67) Paulus, lib. 9 ad Plautium, l. 44 (43) pr. D. 35, 1, de conditionibus etc.: »Qui heredi dare jussus est, servo alieno instituto, non domino dare debet; nam et si, alio herede instituto, jussus est, servo Titii dare, ipsi servo datur, quia quae facti sunt non transeunt ad dominum; quemadmodum si mihi aut servo Titii stipulatus sim, non Titio, sed servo ejus dari potest; et haec vera sunt.«

68) Wenn es bei Gajus, 4, 131, heißt: »Et sane domino dare oportet, quod servus stipulatur;« so ist hier nicht, wie dort, von der factischen, sondern von der rechtlichen Seite, nämlich der Eigenthumsübergabe und der hierauf gerichteten Klage des Dominus die Rede. — Uebrigens trat nach Gajus, 3, 114, bei der Adstipulatio ein wichtiger Unterschied zwischen Servi und Liberi in potestate ein. Weil nämlich jene nur ex persona domini das Jus stipulandi hatten, so konnten sie nicht zu Gunsten eines Dritten adstipuliren. Dasselbe galt zwar an sich auch von den Liberi in potestate. Allein weil bei ihnen die Aussicht da war, daß sie einst nach dem Tode des Parens selbstständige Patresfamilias würden, so wurde ihnen zu Gunsten Dritter das AdstipulationsRecht

Digitized by Google

Imgleichen folgte aus jener factischen Bedeutung der Rechtshandlungen des Jus naturale et gentium, daß, weil ein Factum seiner Natur nach nur von Einem vorgenommen werden, und dritte Interessenten höchstens darin consentiren konnten, von mehreren Tutoren oder Curatoren z. B., welche zu einer solchen Rechtshandlung befugt waren, jeder Einzelne sie gültig vornehmen konnte, indem die Uebrigen als consentirend angesehen wurden; weshalb jeder einzelne Curator gültig alieniren, oder Zahlung annehmen konnte, und die wesentliche Mitwirkung Aller nicht erforderlich war [69]). Endlich machte die factische Bedeutung jener Rechtshandlungen es auch möglich, daß sie durch Autonomie aufs Mannigfachste abgeändert, und keineswegs an eine feste Juris forma gebunden waren [70]). —

Schließlich müssen wir hinsichtlich der Handlungen noch des Umstandes gedenken, daß sie entweder generaliter, d. i. in bloßer Beziehung auf den Handelnden selber, oder in personam, d. i. mit Namhaftmachung der bestimmten Person, gegen welche sie allein gerichtet seyn sollten, bestimmt wurden [71]). Zur Bezeichnung der Handlungen jener Art

---

zugestanden, nur daß sie hier, wo sie in ihrem eignen Namen als Cives Romani, unabhängig von der Familia handelten, ihrem Parens nichts erwarben; auch die Abstipulation nur unter der Voraussetzung gültig war, daß sie ohne Capitis deminutio demnächst aus der Patria potestas heraustraten, indem dergleichen aus einer Stipulatio erworbenen Rechte erloschen, wenn jene, in Folge des Ueberganges ins Mancipium bei der Emancipation, in eine servilis conditio, wenn auch nur vorübergehend, geriethen.

69) Julianus, lib. 21 digestorum, l. 7, §. 3. D. 27, 10.

70) Ulpianus, lib. 4 ad edictum, l. 7, §. 15. D. 2, 14, de pactis: »Si quis pactus sit, ut ex causa depositi omne periculum praestet, Pomponius ait, pactionem valere, nec quasi contra juris formam non esse servandam.«

71) Aehnlich war die Unterscheidung in Betreff der Sachen zwischen Genus und Species, oder zwischen generaliter und spe-

Digitized by Google

ward auch der Ausdruck in rem gebraucht, und demnach Handlungen in rem und in personam ſich auf ſolche Weiſe entgegenſetzt. Dieſer Unterſchied trat nun auch bei jenen natürlichen Rechtshandlungen hervor, namentlich den Pacta [72]), ſo wie bei den ſpätern Actiones, welche ſeit Aufhebung der Legis actiones ebenfalls in die Klaſſe derartiger natürlicher Rechtshandlungen gehörten [73]).

---

cialiter stipulari, oder in Betreff eines Servus zwiſchen generaliter und nominatim stipulari, wenn es z. B. heißt bei Gajus, 4, 53: »si quis generaliter hominem stipulatus sit, deinde nominatim aliquem petat, velut Stichum.« Cf. §. 33. I. 4, 6.

72) Ulpianus, lib. 4 ad edictum, l. 7, §. 8. D. 2, 14, de pactis: »Pactorum quaedam in rem sunt, quaedam in personam. In rem sunt, quoties generaliter paciscor: ne petam; in personam, quoties: ne a persona petam, id est, ne a Lucio Titio petam. Utrum autem in rem, an in personam pactum factum est, non minus ex verbis, quam ex mente convenientium aestimandum est; plerumque enim, ut et Pedius ait, persona pacto inseritur, non ut personale pactum fiat, sed ut demonstretur, cum quo pactum factum est.«

73) Hinſichtlich der Actiones mußte ſich jener Unterſchied der Handlungen zwiſchen in rem und in personam vorzugsweiſe bedeutungsvoll erweiſen, weshalb auch dieſe Eintheilung an die Spitze der Lehre von den Actionen geſtellt ward. Gajus, 4, 1; §. 1. I. 4, 6, de actionibus: »Summa divisio in duo genera deducitur, aut enim in rem sunt, aut in personam.« Dort war die Intentio generaliter: »Si paret, hominem ex jure Quiritium Auli Agerii esse;« hier in personam concipirt: »Si paret, Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium X milia dare oportere.« Cfr. Gajus, 4, 2, 3, 41. — Wie ſehr das Weſen der Actiones in rem früher mißverſtanden iſt, ergibt ſich hiernach von ſelber. Zugleich erhellt hieraus die Möglichkeit der Actiones, welche eine mixta causa hatten und ſowohl in rem, als in personam geſtellt waren, wie die Theilungsklagen. (§. 20. I. 4, 6.) Weil nämlich das communi dividundo judicium

Digitized by Google

So wie nun aber von dem natürlichen Menschen die civilrechtliche Persona unterschieden ward, so auch von den natürlichen Handlungen, mit Einschluß der Rechtshandlungen des Jus naturale et gentium, die strengcivilrechtlichen Rechtshandlungen, die Actus legitimi, welche nicht Facti, sondern Juris waren. Bekanntlich ist vielfach über die eigentliche Bedeutung der Actus legitimi gestritten worden [74]). Eine richtige Würdigung dieses Begriffes war aber vor der Aufhellung des Gegensatzes von Factum und Jus nicht möglich, ergibt sich aber nunmehr von selbst. Diesen Rechtshandlungen war nämlich eine bestimmte Juris forma gegeben, welche strenge beobachtet werden mußte, und nicht durch Autonomie willkührlich abgeändert werden durfte; weshalb hier die Hinzufügung von Dies und Conditiones nicht gestattet war, obschon solche sich bisweilen von selbst verstanden [75]). —

---

wesentlich voraussetzte, daß die Sache eine Res communis sey (l. 1. D. 10, 3, Communi dividundo); so mußte demgemäß die Intentio zunächst generaliter auf das Daseyn des Miteigenthums gerichtet werden, worauf nun der auf die Divisio gerichtete, und in personam concipirte zweite Theil der Intentio nachfolgen konnte. Hiernach waren diese Klagen allerdings Actiones in personam, vertraten aber zugleich wegen der voraufgehenden generalis intentio die Stelle der Actiones in rem, wie daher auch Paulus ad edictum, l. 1. D. 10, 1, Finium regundorum, sagt: »Finium regundorum actio in personam est, licet pro vindicatione rei est.«

71) Wir wollen hier nur an Höpfner's ausführliche Abhandlung im Anhange zu seinem InstitutionenCommentar erinnern.

75) Papinianus, lib. 28 quaestionum, l. 77. D. 50, 17, de R. J.: »Actus legitimi qui non recipiunt diem vel conditionem, veluti mancipatio, acceptilatio, hereditatis aditio, servi optio, datio tutoris, in totum vitiantur per temporis vel conditionis adjectionem. Nonnunquam tamen actus suprascripti tacite recipiunt, quae aperta comprehensa vitium offerunt; nam si acceptum feratur ei, qui sub conditione promisit, ita demum egisse aliquid

Während nun zu den gewöhnlichen natürlichen Rechtshandlungen alle Menschen als solche, selbst Servi und Liberi in potestate zugelassen waren, mußten Letztere hier, wo es sich um strenges Jus handelte, an sich völlig ausgeschlossen erscheinen, so daß nur Cives Romani sui juris zur Vornahme solcher Actus legitimi befähigt waren. Allein was jenen Homines alieno juri subjecti für ihre eigne Person mangelte, konnte ihnen ersetzt werden, wenn sie Jussu domini seu patris handelten. Ein solcher ausdrücklicher Jussus war aber wesentlich erforderlich, wenn ein Servus oder Filiusfamilias zu einem Actus legitimus zugelassen werden sollte, während bei den Stipulationen und natürlichen Rechtshandlungen es genügte, wenn nur Namens des Dominus oder Parens gehandelt war, so daß dieser hier selbst wider Wissen und Willen etwas erwerben konnte, was in Betreff der Actus legitimi unmöglich war; weshalb auch namentlich in Betreff der höchstpersönlichen Hereditatis aditio von Seiten des Servus oder Filiusfamilias stets bemerkt wird, daß sie Jussu domini, seu parentis geschehen müsse [76]).

---

acceptilatio intelligitur, si obligationis conditio extiterit; quae si verbis nominatim acceptilationis comprehendatur, nullius momenti faciet actum.« Daß in der Florentina nur aus Versehen das non im Anfange fehlt, ergibt sich von selbst; mit Unrecht haben aber neuere Herausgeber, namentlich die Gebr. Kriegel, statt der Mancipatio der Florentina die Emancipatio der Vulgata gesetzt.

76) §. 3. I. 2, 9. Per quas personas nobis acquiritur: »Item nobis acquiritur, quod servi nostri ex traditione nanciscuntur, sive quid stipulentur, vel ex alia qualibet causa acquirant; hoc enim nobis et ignorantibus et invitis obvenit. ipse enim servus, qui in potestate alterius est, nihil suum habere potest. Sed si heres institutus sit, non alias, nisi nostro jussu hereditatem adire potest, et si jubentibus nobis adierit, hereditas nobis acquiritur, perinde ac si nos ipsi heredes instituti essemus. et convenienter scilicet legatum per eos nobis acquiritur.«

Digitized by Google

Diese Ergänzung der civilrechtlichen Handlungsfähigkeit durch den Jussus fand jedoch bei einer wichtigen Klasse der Actus legitimi, nämlich bei der Reivindicatio und den Legis actiones und der hieraus hervorgegangenen Injurecessio keine Anwendung. Daß nämlich zunächst die Reivindicatio und die aus ihr durch gesetzliche Abkürzungen des Verfahrens hervorgegangenen Legis actiones [77]) wirklich Actus legitimi waren, wie seither auch angenommen worden ist, erhellt namentlich daraus, daß der obige Begriff der Actus legitimi, daß nämlich dieselben durch eine Juris forma unabänderlich festgestellt worden seyen, hier vollkommen eintritt, indem sie »ipsarum legum verbis accommodatae erant, et ideo immutabiles perinde atque leges observabantur« [78]); welche Worte das Wesen einer solchen

---

In der entsprechenden Stelle bei Gajus, 2, 87, findet sich freilich auch dessen gedacht, »quod servi (nostri) mancipio accipiunt.« Allein entscheidend ist, daß bei Gajus deshalb auch der Justinianeische Zusatz fehlt: »hoc enim nobis et ignorantibus et invitis obvenit;« was Justinian eben deshalb hinzufügen konnte, weil für ihn der Actus legitimus der Mancipatio unter den Beispielen des Erwerbs wegfallen mußte.

77) Die Reivindicatio ging ursprünglich auf diejenigen Fälle, in denen der Populus Romanus Quirites die Gewähr übernommen hatte, Fundus geworden war, und der Kläger diese Gewähr durch die Berufung auf den Jussus Quiritium und auf seine Vindicta in Anspruch nahm. Aus dem auf die eigentliche Vindicatio und Contravindicatio altherkömmlich eintretenden fernern Verfahren entwickelten sich die übrigen Legis actiones; indem beim Sacramentum nur jenes eigentliche VindicationsVerfahren cessirte, alles Uebrige blieb; bei der Judicis postulatio das lästige Sacramentum wegfiel, bei der Condictio die förmliche Judicis postulatio, etc. Daher sagt Gajus, 4, 16, nachdem er beim Vindications-Proceß des gegenseitigen Sacramentum gedacht hat: »deinde sequebantur quaecumque, (si) in personam ageretur;« woraus die Uebereinstimmung des Verfahrens der Legis actiones mit dem Verfahren bei der Vindicatio deutlich hervorgeht.

78) Gajus, 4, 11.

Digitized by Google

festen civilrechtlichen Form deutlich angeben. Eben die Strenge aber, mit welcher diese Formen beobachtet wurden, führte bekanntlich zu ihrem Umsturz und zur Litigirung »per concepta verba,« d. i. »per formulas,« welche, selbst wenn sie in jus, und nicht in factum concipirt wurden, doch nicht mehr Actus legitimi waren, eben weil sie vom Prätor ausgingen, und statt der Juris ac legum forma die bloße prätorische getreten war [79]). — Ungeachtet dieser Milderung der ältern Strenge bestand doch auch später noch der Grundsatz, daß in der Regel nur die prätorischen Actiones in factum, das sind, wie wir in der Folge zeigen werden, die Klagen mit einer Formula in factum concepta, von dem Filiusfamilias in eigner Person angestellt werden konnten, eben weil es hier nur darauf ankam, ein Factum, kein Jus geltend zu machen [80]); wogegen die Actiones civiles mit einer Formula in jus concepta von dem Filiusfamilias nur in den wenigen Fällen angestellt werden konnten, in welchen er, wie oben gezeigt worden ist, selbstständige, auf naturales praestationes gerichtete Klagen besaß [81]). Daß der Filiusfamilias, namentlich wo es sich um CivilKlagen handelte, auch nicht für den Vater klagend auftreten konnte, erhellt nicht allein aus dem gänzlichen Mangel derartiger Beispiele, sondern auch daraus, daß überall, wo vom Agere

79) Gajus, 4, 30: »Sed istae omnes legis actiones paulatim in odium venerunt, namque ex nimia subtilitate veterum, qui tunc jura condiderunt, eo res perducta est, ut vel qui minimum errasset, (litem) perderet, itaque per legem Aebutiam et duas Julias sublatae sunt istae legis actiones, effectumque est, ut per concepta verba, id est per formulas litigaremus.«

80) Ulpianus, lib. 1 disputationum, l. 13. D. 41, 7, de obligation. et actionibus: »In factum actiones etiam filiifamilias possunt exercere.«

81) Paulus, lib. 9 ad Sabinum, l. 9. D. 41, 7. S. a. Hefftter, Institutionen des Civilprocesses, S. 70 – 73.

Digitized by Google

alieno nomine geredet wird, nur des Cognitor und Procurator gedacht wird, an welche sich bloß der Tutor und Curator anschließen [82]). Dasselbe gilt vom Servus, welcher daher sowenig, als der Filiusfamilias, durch den Jussus zur Klaganstellung befähigt ward; woraus auch erhellt, warum es als eine justa causa manumissionis anerkannt wurde, »si quis — servum procuratoris habendi gratia apud consilium manumittat« [83]). Wenn demnach noch bei den spätern Actiones civiles mit den prätorischen Formulae in jus conceptae Liberi und Servi in potestate von der Klaganstellung ausgeschlossen waren, und auch der Jussus hierin nichts änderte, so mußte dieß um so mehr von den ältern strengen Legis actiones und der Reivindicatio gelten. Ein Beweis dessen erhielt sich aber auch noch im spätern Rechte in Betreff der aus der Vindicatio und unterlassenen Contravindicatio hervorgegangenen Injurecessio, welche unstreitig ebenfalls ein Actus legitimus war. Denn wegen der Unfähigkeit der Homines alieno juri subjecti zur Vindication wird absolut die Unmöglichkeit ausgesprochen, daß ihnen irgend in jure cedirt werden könne, ohne daß hier, wie bei der Hereditatis aditio, der Möglichkeit dessen in Folge eines Jussus gedacht wird [84]).

In Betreff der Actus legitimi muß sich schließlich nur noch die Frage aufdrängen, warum unter diesen wohl die Acceptilatio, nicht aber die Stipulatio aufgeführt ward, und wie überhaupt die Stipulatio jenen früher erwähnten na-

---

82) Z. B. Gajus, 4, 82.

83) Gajus, 1, 19.

84) Gajus, 4, 96: »In summa sciendum est, (his, qui in) potestate, manu, mancipiove sunt, nihil in jure cedi posse. cum enim istarum personarum nihil suum esse possit, conveniens est scilicet, ut nihil (omnino) in jure vindicare possint.« Hieraus ergibt sich daher auch der genaue Zusammenhang der Vindicatio und Injurecessio.

Digitized by Google

türlichen Rechtshandlungen und diesen Actus legitimi gegenüber gestellt war? — Bekanntlich war nur die Verborum obligatio: »Dari spondes? Spondeo,« Juris civilis, alle übrigen Juris gentium [85]); weshalb auch nur auf jene Sponsiones im engern Sinne oder auf die eigentlichen Stipulationes [86]) der Ausspruch des Paulus [87]): »In stipulationibus jus continetur,« zu beziehen ist. Bei den Sponsionen waren aber nur die Worte: Spondesne? Spondeo, civilrechtlich bestimmt; der übrige Inhalt bei den Stipulationes praetoriae dem Ermessen des Prätors, bei den Stipulationes conventionales den Bestimmungen der Partheyen überlassen [88]). Mochten nun aber auch namentlich

85) Gajus, 3, 93: »Sed haec quidem verborum obligatio: »dari spondes? spondeo,« propria civium Romanorum est: ceterae vero juris gentium sunt, itaque inter omnes homines, sive cives Romanos, sive peregrinos, valent.« Idem, 4, 179: »Non magis his casibus novatio fit, quam si id, quod tu mihi debeas, a peregrino, cum quo sponsionis communio non est, »spondes« verbo stipulatus sim.« Nur die Fidepromissio war neben der Sponsio Juris civilis, weshalb die Fidepromissores den Sponsores im Wesentlichen gleichgestellt waren, während die Fidejussio Juris gentium war, und daher viel freier beurtheilt wird. Cfr. Gajus, 3, 116—119.

86) Paulus, lib. 2 ad edictum, l. 7. D. 50, 16: »Sponsio appellatur non solum, quae per sponsus interrogationem fit, sed omnis stipulatio promissioque.« So wie der Ausdruck Sponsio im engern und eigentlichen Sinne nur die civilrechtliche VerbalObligation bezeichnete, so auch der Ausdruck: Stipulatio, im engern Sinn. Deshalb findet sich der Ausdruck: Stipulatio, und Actio ex stipulatu, regelmäßig nur für jene eigentlichen Sponsionen, und sehr selten auch für die VerbalObligationen des Jus gentium, wie namentlich für die Fideijussio im Gegensatz der eigentlichen ältern Satisdationes und Cautiones.

87) Paulus, lib. 3 ad edictum, l. 27, §. 2. D. 2, 14, de pactis.

88) Ulpianus, lib. 7 disputationum, l. 52. D. 45, 1: »In

Digitized by Google

die Formen der prätorischen Stipulationen so fest bestimmt seyn, daß durch die Partheyen nichts verändert werden konnte, so war es doch nicht eine Lex populi Romani, nicht das Jus civile, sondern der Prätor, welcher diese Form gegründet hatte; weshalb hier sowenig, als bei den prätorischen Klagformeln, selbst den in jus conceptae, von Actus legitimi die Rede seyn konnte, ungeachtet höchst wahrscheinlich die Stipulationen sich auf ähnliche Weise an ältere Actus legitimi anschlossen, als die prätorischen Formulae an die ältern Legisactiones [89]). — Die Acceptilatio unterschied sich aber wesentlich von der Stipulatio dadurch, daß ihre einfache Form einfürallemal Jure civili fest bestimmt war, und weder von den Partheyen, noch vom Prätor willkührlich abgeändert werden durfte, und eben damit sich als ein Actus legitimus darstellte [90]).

Endlich tritt uns der Gegensatz von Factum und Jus auch

---

conventionalibus stipulationibus contractui formam contrahentes dant; enimvero praetoriae stipulationes legem accipiunt de mente Praetoris, qui eas proposuit. Denique praetoriis stipulationibus nihil immutare licet, neque addere, neque detrahere.« Hinsichtlich der judiciales stipulationes, »quae a mero judicis officio proficiscuntur« (l. 5, pr. D. 45, 1.), stand das Recht, die Form der Stipulation zu bestimmen, ohne Zweifel dem Judex zu. S. meine Doctrinae de culpa prima lineamenta, Gotting. 1822, p. 80 – 85.

89) Eine desfallsige Untersuchung würde hier zu weit führen.

90) §. 1. I. 3, 29, Quibus modis obligatio tollitur; Gajus, 3, 169: »Item per acceptilationem tollitur obligatio. — Quod enim ex verborum obligatione tibi debeam, id si velis mihi remittere, poterit sic fieri, ut patiaris haec verba me dicere: Quod ego tibi promisi, habesne acceptum? et tu respondeas: habeo.« Mit der Bedeutung der Acceptilatio als eines Actus legitimus hing auch zusammen, daß die Frauen früher zum Acceptum facere nur Tutore auctore befähigt waren. Cfr. Gajus, 3, 172.

Digitized by Google

in dem Bereich der Klagen entgegen, wo der Unterschied der Actiones civiles und praetoriae oder in factum, wie schon oben bemerkt ward, mit dem Gegensatze der prätorischen Formulae in jus und in factum conceptae wesentlich zusammen hing. Jedoch gibt es neben den praetoriae auch civiles in factum actiones, welche freilich auch in jus conceptae waren, allein ursprünglich eine Praescriptio formulae zur Folge hatten, weshalb sie mit den Actiones praescriptis verbis zusammenfielen [91]).

91) Das Nähere über die civiles und praetoriae in factum actiones behalten wir uns für einen besondern Aufsatz im nächsten Hefte vor.

Digitized by Google

II.

Einige Bemerkungen über die Lehre von der stillen Gesellschaft (société en commandite)

in Beziehung auf den Aufsatz № XV im 2ten Bande dieser Zeitschrift *).

Vom

Bürgermeister Dr. Dunze in Bremen.

§. 1. Es verdient gewiß allen Dank, daß der Herr Verfasser des Aufsatzes Nr. XV im 3ten Heft des 2ten Bandes dieser Zeitschrift, die in jeder Hinsicht so wichtige Frage, welche den Gegenstand desselben ausmacht und worüber die Meinungen so sehr getheilt sind, von Neuem einer Untersuchung unterzogen hat.

Indessen müssen wir, auch ganz abgesehen vom Resultat und der Entscheidung der Streitfrage, gestehen, daß wir ins-

*) Von Dr. Emil Frey in Basel, »Beitrag zu der Lehre von den stillen Gesellschaften.« — Der Herausgeber muß bevorworten, daß der gegenwärtige Aufsatz ihm bald nach dem Erscheinen des 3ten Heftes des 2ten Bandes der Themis mitgetheilt ward, und daß nur die lange Verzögerung, welche die Fortsetzung der Zeitschrift erlitt, die Veranlassung ist, daß derselbe erst jetzt erscheint. Dem Herrn Verfasser statte ich für die so lange gütigst gewährte Nachsicht hiedurch öffentlich meinen Dank ab. Der Herausgeber.

Digitized by Google

besondere die Deduction an sich, die Art und Weise, wie der Verfasser den Gegenstand behandelt und die von ihm vertheidigte Ansicht zu begründen versucht hat, auf keinen Fall für die richtige halten können.

Um jedes Mißverständniß zu vermeiden, bemerken wir jedoch vorab, wie wir dabei von der, wie es auch nach manchen Andeutungen scheint, gewiß richtigen Voraussetzung ausgehen, daß die in Frage stehende Abhandlung für solche Rechtsgelehrte geschrieben sey, welche das Römische Recht, in Ermangelung particularrechtlicher Bestimmungen, als gemeines Recht zu befolgen haben.

In dieser Beziehung nun können wir es nicht billigen, wenn man bei der Behandlung von Gegenständen des Handelsrechts, wie der vorliegende, welche doch unbestritten mehr oder minder im Römischen Recht wurzeln (vom Wechsel- und Seerecht ist hier nicht die Rede), dieses letztere ganz ignorirt, oder, wie hier a. a. O. S. 383 unten und S. 384 oben geschieht, wegen veränderter Verhältnisse mit einem Machtspruche für unanwendbar erklärt, wenn man nun, statt von den Grundsätzen des positiven gemeinen Rechts auszugehen und etwa genau zu untersuchen, ob, in wie weit und aus welchen Gründen denn wirklich dessen Vorschriften heut zu Tage nicht angewandt werden dürfen oder in welchen Puncten dieses allerdings geschehen müsse, sich darauf beschränkt, einige fremde oder einheimische, jedoch particularrechtliche Gesetzgebungen, welche ohnehin für uns ohne gesetzliche Auctorität sind, so wie die Meinungen der Schriftsteller aufzuzählen und am Ende, weil man damit nicht zum Ziel kommt, durch ein allgemeines Räsonnement, womit so leicht vorgefaßte Ideen sich verweben, die Streitfrage entscheidet.

§. 2. Gerade so macht es der Herr Verfasser. Er führt die sich geradezu widersprechenden Entscheidungen mehrerer Französischen Gerichtshöfe, so wie die eben so wenig übereinstimmenden Meinungen Französischer und Deutscher Schriftsteller über das Handelsrecht an, fügt hin und wieder seine Be-

merkungen bei, und, nachdem er S. 383 geäußert: es sey noch lange nicht bewiesen, daß Justinian's Vorschriften über Societas auch das NeuEuropäische Institut der HandelsCompagnie erreichten, stellt er den Satz auf, der Commanditist könne nicht als Socius, sondern nur als Dritter behandelt werden, und basirt nun hierauf seine Entscheidung.

Wie mißlich ein solches Räsonnement sey, und wie schwankend es überhaupt um die Doctrin des Handelsrechts bei einer solchen Behandlung stehe, leuchtet von selbst ein. Man verläßt den festen Boden des gemeinen Rechts, findet in den neueren Handelsgesetzgebungen keinen Trost, weil sie über die aufgeworfene specielle Frage schweigen und keine festen leitenden Grundsätze aufstellen, aus denen auf deren Entscheidung geschlossen werden könnte, eben so wenig bei den neueren Schriftstellern, weil sie sich einander geradezu widersprechen, und meint nun mit einem aufgestellten Grundsatz, der aber mit dem gemeinen Rechte und den allgemeinen Rechtsbegriffen offenbar in Widerspruch steht, die Sache entschieden zu haben.

§. 3. In Anwendung auf den vorliegenden Fall ist es klar, daß Alles mit der Behauptung: »der Commanditist ist kein Socius, er ist ein Dritter« steht und fällt.

Indeß dürfte die Nachweisung nicht schwer werden, daß die Société en commandite allerdings eine wahre Gesellschaft und der Commanditist folglich wahrer Socius sey.

Das Römische Recht versteht unter Societät die Uebereinkunft, nach welcher Mehrere zur Erreichung eines gemeinschaftlichen erlaubten Zwecks sich vereinigen; und dieselbe wird, wenn sie zunächst auf Vermögensgewinn, auf Erwerb gerichtet ist (was ja gerade bei Handelsgesellschaften der Fall ist), Societas quaestuaria, negotiatoria, Erwerbsgesellschaft genannt.

Was die Socii in die Gesellschaft inferiren, was sie dazu beitragen, kann, die Societät mag seyn, welcher Art sie wolle, in Sachen (oder Geld) oder in Diensten (Res — Ope-

Digitized by Google

rae) oder auch in beiden bestehen; auch können diese Beiträge sehr verschieden, gleich oder ungleich seyn [1]).

Dieser Begriff paßt vollkommen und in jeder Hinsicht auf die Société en commandite. Diese ist daher für eine wahre Societas zu achten, und ihre Theilnehmer, der, welcher die Geschäfte auf eigenen Namen führt, also allein Operas prästirt (der Complementarius) und der, welcher nur Geld oder Geldeswerth eingeschossen hat (der Commanditist) sind wahre Socii. Beide haben sich zu einem gemeinschaftlichen erlaubten Zwecke vertragsweise vereinigt, dieser ihr Zweck ist gemeinschaftlicher Gewinn und Erwerb vermittelst eines Handelsbetriebs, und die beiderseitigen Beiträge bestehen resp. in Geld und Arbeit oder Diensten.

§. 4. Dieses muß selbst der Herr Verfasser der Abhandlung zugeben, wenn er a. a. O. Seite 384 sagt: »noch »jetzt ist die Commandite nur ein Mittel, einerseits den Ver»mögensstand eines Handelshauses zu erhöhen, andrerseits die »Einkünfte des begüterten Privaten, welcher jenem getraut »hat, höher als bei dem verzinslichen Darlehn zu steigern.« Denn wenn man nicht die Worte, sondern den dadurch ausgedrückten Begriff ins Auge faßt, so heißt dieses doch nichts mehr und nichts weniger, als was bei einer jeden Handelsgesellschaft eintritt: es vereinigen sich zwei Personen zum Zweck des beiderseitigen Gewinns, mittelst eines Handelsbetriebes, so daß der Eine Geld einschießt, der Andere aber seine Dienste, seine Kenntnisse, seine Geschicklichkeit beiträgt; Beide wollen natürlich gewinnen und glauben dieses so besser erreichen zu können, als wenn sie sich nicht vereinigt hätten, weil auf der einen Seite durch den Einschuß des Einen das Capital, der

1) Mackeldey, Lehrbuch des heutigen R. R. §. 385—387. (8. u. 9. Aufl.) von Wening-Ingenheim, Lehrbuch des gemeinen Civil-Rechts, Buch III. §. 174. 175. (3. Aufl. 1. Band. S. 559—561.) Thibaut, System des PandectenRechts. §. 878. (7. Aufl.) Glück, Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld, §. 961. 965.

Digitized by Google

Fonds der Handlung vermehrt wird und also größern Gewinn verspricht, und der Andere durch den Geschäftsbetrieb für gemeinschaftliche Rechnung mehr zu gewinnen hofft, als wenn er sein Capital auf Zinsen ausliehe oder sonst nutzbar machte. Diese Beweggründe werden mehr oder minder bei jeder Erwerbsgesellschaft die Theilnehmer zu deren Eingehung veranlassen. Uebrigens sind sie auch, sie mögen nun in einem einzelnen Falle vorhanden seyn und nachgewiesen werden können oder nicht, in rechtlicher Beziehung jedenfalls außerwesentlich und ohne allen Einfluß, da die individuellen Beweggründe in dieser Hinsicht nichts entscheiden können; gleichwie es auch andrerseits nichts ändert, ob der Commanditist begütert ist oder nicht, und endlich eine Societät wohl nie unter Personen eingegangen werden wird, die sich einander nicht trauen.

Genug daß, wenn man auf die Sache selbst sieht und von allen unwesentlichen Nebenumständen abstrahirt, der Begriff, den die Gesetze von der Societät aufstellen, durchaus und in jeder Rücksicht auf die sogenannte Société en commandite paßt, und daß also hiernach der Commanditist als wahrer Socius im Sinn des gemeinen Rechts angesehen und beurtheilt werden muß.

§. 5. So sehen denn auch die neueren Gesetzgebungen die Sache an. Das allgemeine Preußische Landrecht [2]) verordnet, daß die allgemeinen Vorschriften von Gesellschaftsverträgen überhaupt, insofern dieselben hier nicht abgeändert worden, auch bei Handlungsgesellschaften Anwendung finden, und handelt dann in zwei Paragraphen [3]) unter der MarginalRubrik »Von SocietätsHandlungen« und in der Unterabtheilung »Von den Rechten und Pflichten der Gesellschafter bei den Verhältnissen gegen Andre« in ungetrennter Folge von dem Fall, da Je-

2) Theil 2. Titel 8. §. 614.

3) a. a. O. §. 651. 652.

mand als ſtiller Geſellſchafter (Associé en commandite) anzuſehen ſey.

Der Code de commerce [4]) befolgt die nämliche Methode. Er handelt in Livre 1. Titre 3. von den Societäten, zuerſt in der Section I. von den verſchiedenen Gattungen derſelben und ihren Regeln, und nachdem er den Satz aufgeſtellt, daß das Geſetz drei Arten von Handelsgeſellſchaften anerkenne, die Société en nom collectif, die Société en commandite und die Société anonyme, folgen die einzelnen Regeln einer jeden von ihnen.

Ebenſo das Handelsgeſetzbuch des Königreichs der Niederlande [5]).

Auch von Schriftſtellern über das Handelsrecht kennen wir nicht einen einzigen, der nicht die ſogenannte Société en commandite für eine wahre Societät anſähe und ſie als eine Unterart dieſer, nach den von derſelben geltenden Grundſätzen, jedoch natürlich mit Rückſicht auf die dabei eintretenden Modificationen, behandelte.

So Muſäus [6]); von Martens [7]), welcher zuerſt von den PrivatHandelsgeſellſchaften im Allgemeinen, wobei er ausdrücklich auf das gemeine Recht verweiſet, und dann in den drei folgenden §. §. von ihren Gattungen, der Société collective, der en commandite und der Compagnie anonyme handelt; Mittermaier [8]), welcher ebenfalls im §. 500, wo er von den Handelsgeſellſchaften überhaupt redet, nachdem er zuerſt eine Definition aufgeſtellt hat, welche vollkommen mit der obigen nach Römiſchem Recht übereinſtimmt, ausdrücklich bemerkt, daß alle gemeinrechtliche Vorſchriften über

4) Livre I. Titre III. Sect. 1. art. 18 seq.

5) Buch 1. Titel 3. Art. 1. u. folgende.

6) Grundſätze des Handlungs- und Wechſelrechts. §. 27. 28. (3. Aufl.)

7) Grundriß des Handelsrechts, §. 20—22. (3. Aufl.)

8) Grundſätze des gemeinen Deutſchen PrivatRechts, §. 500—503. (3. Aufl.)

Digitized by Google

Gesellschaften, soweit als nicht specielles Gesetz oder Verabredung eine Abweichung ausspreche, auch hierauf anzuwenden seyen. Ferner Eichhorn [9]). Auch er sagt: »Der »Handel, welcher von Mehreren in Gesellschaft betrieben wird »(Compagnie-Handel, Mascopei), begründet ein Verhältniß, das »unter den Regeln des Römischen Rechts von der »Societät steht.« Und nachdem er nun zuerst von der Société collective geredet, fährt er in ununterbrochener Folge so fort: »Für die stille Gesellschaft (Société en commandite), »bei welcher man, ohne an der Leitung der Geschäfte Theil zu »nehmen ꝛc., folgt aus den gemeinrechtlichen Grundsätzen ꝛc.«

Bender [10]) bemerkt [11]), es sey nicht nöthig, über den Gesellschaftshandel oder den von Mehreren auf gemeinschaftliche Rechnung gemachten Handelsverkehr allgemeine Grundsätze vorauszuschicken, weil in dieser Hinsicht schon das gemeine Recht entscheide, und indem er dann vier Hauptarten der Societäts-Handlungen aufführt, handelt er im §. 146 —152 von der Société collective, und im §. 153 von der Société en commandite. Daß er also diese letztere für eine Gattung der Handelsgesellschaft im Allgemeinen und folglich den Commanditisten für einen Socius des Complementar ansieht, ist klar, und ergiebt sich dieses noch insbesondere daraus, daß er es als etwas Bemerkenswerthes hervorhebt [12]), daß mehrere stille Gesellschafter unter sich in keiner Gesellschaft ständen — und dieses ganz richtig, denn diese stehen ja überall nicht zu einander in Vertragsverhältnissen [13]).

Endlich ist auch Pöhls [14]) ganz entschieden dieser Ansicht. Er stellt gleich mehreren der vorhin citirten Schriftsteller zuerst

---

9) Einleitung in das Deutsche Privat-Recht, §. 387. (3. Aufl.)

10) Grundsätze des Deutschen Handlungsrechts, Band 1. §. 145—155.

11) Insbesondere a. a. O. §. 145.

12) a. a. O. §. 153 a. E.

13) L. 47. §. 1. D. de regulis juris. L. 19. D. pro socio.

14) Darstellung des Handelsrechts, Band 1. §. 95 ꝛc.

Digitized by Google

den Grundſatz auf: »die HandlungsSocietät muß, wo »ParticularRechte ſchweigen, aus dem Römiſchen Rechte »beurtheilt werden« [15]), erwähnt dann der Eintheilung der Societät in die Société collective, en commandite und anonyme und fährt nun fort, die allgemeinen Regeln von der Societät überhaupt abzuhandeln [16]). Hiernächſt geht er zu den einzelnen Arten der Societät über, wo er als zweite Art derſelben die Société en commandite [17]) erörtert. Hier nennt er denn namentlich Beide, ſowohl den Complementarius als den Commanditiſten, Socii. »Das Charakteriſti»ſche dieſer Societät beſteht darin, daß der eine Socius äu»ßerlich« ꝛc. und dann: »An dem Verhältniß deſſen, der der »Socius en commandite iſt ꝛc.«

§. 6. Dieſem Allen nach iſt alſo die ſogenannte Société en commandite eine wahre Societät, eine Gattung der Erwerbsgeſellſchaft, und folglich iſt auch der Commanditiſt als wirklicher Socius anzuſehn. Es tritt bei ihr nur das Beſondre ein, daß der Umfang der Haftungspflicht des Letztern und ſein Antheil am Gewinn im Fall eines glücklichen, ſo wie ſein Beitrag zum Verluſt im Fall eines unglücklichen Reſultats der Geſchäfte anders als bei einer ſonſtigen Societät, wo dieſe beſonderen Verhältniſſe nicht obwalten, ſich modificirt.

Sieht man alſo davon ab, ſo müſſen auch die ſonſtigen allgemeinen Grundſätze, die in der rechtlichen Natur des Geſellſchaftsvertrags begründet ſind, bei ihr Anwendung finden.

§. 7. Hier liegt es nun aber in der Natur der Sache und wird durch das poſitive Recht ausdrücklich anerkannt, daß bei der Frage: ob und welchen Gewinn oder Verluſt eine Societät abgeworfen habe, ob alſo die Theilnehmer, für deren Rechnung ſie betrieben iſt, einen Gewinn beziehen können oder Verluſt tragen müſſen? — nur die ganze Dauer der So-

15) a. a. O. §. 95.
16) a. a. O. §. 96 u. 96a.
17) §. 98.

Digitized by Google

cietät entscheide, und daß man dabei nicht willkührliche Zeitabschnitte machen dürfe. Bei einer Handlung wird ja heute ein Geschäft unternommen, was Gewinn abwirft, morgen ein anderes, welches Verlust bringt und übermorgen ein drittes, wobei weder das eine noch das andere eintritt, indem man gerade nur das darin angelegte Capital etwa mit den landesüblichen Zinsen wieder erhält. Fragt man nun: ist überhaupt gewonnen oder ist verloren? so kann natürlich nur das Ganze, das endliche Resultat entscheiden; man darf nicht jedes einzelne Geschäft nur für sich allein betrachten. Und eben sowenig kann es in dieser Beziehung etwas entscheiden, in welchen Zeitabschnitten die Theilnehmer der Handlung die Bilance aufmachen, um sich eine Uebersicht, wie sie gerade in dem Augenblick stehen, zu verschaffen. Ob sie dieses erst dann thun, wenn ihre Societät sich endigt oder öfterer, ob alle fünf, alle drei Jahre, alle Jahre, alle halbe Jahre, oder alle Monate u. s. w., und ob sie hiernach erst ganz am Ende oder in gewissen oder kürzern Perioden aus der gemeinschaftlichen Casse etwas als vermeintlichen Gewinn herausziehen oder beim Verlust zuschießen, ist in rechtlicher Hinsicht durchaus gleichgültig, und muß in dieser Beziehung völlig irrelevant seyn. Nach der Ansicht des Herrn Verfassers würde aber gerade dieser Umstand über die Rechtsfrage allein entscheiden. Denn wenn die Theilnehmer einer auf 5 Jahre errichteten Société en commandite erst nach Ablauf dieses Zeitraums ihre Bilance aufmachten, und das Resultat stellte sich so ungünstig dar, daß die vom Commanditisten eingeschossenen 10,000 Rthl. ganz verloren wären, so müßte er diesen Verlust tragen, statt daß, wenn sie dieselbe jährlich aufzumachen für gut gefunden hätten und das erste Jahr wäre so glücklich gewesen, daß demselben 5,000 Rthl. als reiner Gewinn dieses Zeitraums für seinen Antheil hätten ausbezahlt werden können, er diese bedeutende Dividende als Gewinn beziehen würde, wenn gleich das zweite oder die folgenden Jahre einen Total-Verlust von 10,000 Rthl. ergeben hätten.

Digitized by Google

§. 8. Daß nun eine Theorie, welche zu solchen Consequenzen führt, unmöglich die richtige seyn könne, bedarf wohl keiner weitern Deduction.

Freilich pflegen ordentliche Kaufleute ihre Bilance alle Jahre aufzumachen, aber immer ist dies doch nur eine Sache der Convenienz, etwas was sich aus dem Gesichtspunct der Klugheit und der Ordnung als rathsam empfiehlt; es kann aber auf den Rechtspunct keinen Einfluß haben. Ist der Zeitraum, für welchen der SocietätsContract abgeschlossen worden, nicht gar zu lang (und dies ist er ursprünglich selten, wenn er gleich nachmals öfters verlängert oder erneuert zu werden pflegt), so könnte ja ebensowohl die Aufmachung einer Bilance in der Zwischenzeit ganz unterbleiben, oder andererseits könnte auch, wenn es nicht sonst wegen besonderer Verhältnisse seine Schwierigkeiten hätte, die Bilance alle Monate aufgemacht werden; und doch wird der Herr Verfasser wohl selbst nicht behaupten, daß der Commanditist, welcher 1000 Rthl. eingeschossen hat, wenn er für den ersten Monat 500 Rthl. Dividende vom Gewinn dieses Monats bezogen hätte, diese als reinen Gewinn für sich behalten dürfte, wenn der zweite Monat einen Verlust von 1500 Rthl. oder mehr ergeben hätte ꝛc.

So wie nun unsere Ansicht aus der Natur der Sache und des hier vorliegenden Verhältnisses als nothwendig sich zu ergeben scheint, so ist sie auch im gemeinen Rechte begründet. Denn es heißt in der L. 30. D. pro socio ausdrücklich: »neque enim lucrum intelligitur, nisi omni damno deducto, neque damnum nisi omni lucro deducto. Sed potest coiri societas ita, ut ejus lucri, quod reliquum in societate sit, omni damno deducto etc.« und im §. 2. I. de societate: »quod tamen ita intelligi oportet, ut si in alia re lucrum, in alia damnum illatum sit: compensatione facta, solum quod superest intelligatur lucro esse [18]).«

18) Vergl. auch L. 52. §. 4. in fine. L. 55 in fine. L. 67 pr.

Digitized by Google

§. 9. Diese Deduction wird nun aber damit nicht widerlegt, daß man mit Bender[19]) kurzweg sagt: »allein »Damnum detrahitur jederzeit schon bei dem Jahresabschluß »und damit ist es fertig.« Und eben so wenig verschlägt es, wenn der Herr Verfasser des hier in Frage stehenden Aufsatzes seine Meinung dadurch zu motiviren glaubt, daß er sagt: »daß der stille Compagnon jedesmal seine Dividende heraus»ziehe und herausziehen dürfe, ist eine in der Handelswelt »ausgemachte Sache. Auch würde die Annahme, daß ihm »die Befugniß hiezu fehle, offenbar den Sinn des ganzen »Instituts zerstören; denn eben auf ein periodisches Per»cipiren des mittelst seiner Capitalien Gewonnenen ist die Spe»culation des Commanditisten gerichtet u. s. w.«

Denn einestheils ist ja nicht davon die Rede, ob, wenn die Socii nicht am Ende der Societät, sondern in gewissen kürzeren Zeitabschnitten, etwa alljährlich, ihre Bilance aufmachen, der Commanditist die sich hiernach, also für die in Frage stehende Periode, für ihn ergebende Dividende zu sich zu nehmen die Befugniß habe, falls er mit seinem Compagnon dieses so ausgemacht hat, diese macht ihm Niemand streitig, sondern es fragt sich, ob er das, was er auf diese Weise als Gewinn (und darauf hat er doch nur einen An-

---

in fine D. pro socio. Vinnii commentarius in Institutiones ad §. 2. I. de societate in f. »Lucrum non particulatim aestimatur, sed in summa summarum, hoc est, id demum pro lucro reputatur, quod deducto omni damno atque impensis superest. Itaque si etc.« Lauterbach, in C. T. P. Tit. pro socio §. 21. »In hac ipsa autem lucri et damni »computatione atque distributione hoc semper observandum, »ut lucrum non intelligatur nisi omni damno deducto« Struv. syntagma juris civilis exerc. 22. th. 29. ibique Müller. Glück, a. a. O. 966. »Unter Gewinn versteht man hier dasjenige, was nach Abzug alles Schadens und aller Unkosten außer der Einlage übrig bleibt.«

19) a. a. O. §. 153. Note e.

spruch) zu sich genommen hat, behalten dürfe und nicht vielmehr wieder herausgeben müsse, wenn es sich im Fortgange der Societät bei einem unglücklichen Ausgange zeigt, daß kein Gewinn, sondern Verlust da ist, somit das von ihm Bezogene gar nicht als wirklicher Gewinn anzusehen war, da ja die Societät nicht auf jenen Zeitabschnitt, der gerade Gewinn abgeworfen hat, sich beschränkt, sondern auf die ganze Dauer, also auch auf die Jahre, worin Verlust entstanden ist, sich erstreckt. Anderntheils ist es durchaus außerwesentlich und folgt keineswegs aus der rechtlichen Natur dieser Societät, daß der Commanditist gerade periodisch in gewissen Zeitabschnitten den in der verflossenen Periode entstandenen Gewinn beziehe; es kann eben so wohl nicht darauf abgesehen seyn, wenn man sich z. B. einen reichen Mann denkt, der an einer Société en commandite auf nicht gar lange Zeit Theil nimmt, und nur einen relativ mäßigen Theil seines Vermögens darin placirt. Endlich kann es ja juristisch unmöglich darauf ankommen, worauf die Speculation eines Commanditisten in jedem einzelnen Falle gerichtet ist; bei jeder SocietätsHandlung ist die Speculation der Socii auf Gewinn gerichtet, aber folgt denn daraus, daß sie, wenn nun statt dessen Verlust entsteht, diesen nicht zu tragen brauchen?

§. 10. Auch das andere Argument des Verfassers [20]), es wäre ein grober Verstoß gegen die gemeinen, ja gegen die natürlichen Vorstellungen von der Societas, den Gesellschafter nennen zu wollen, welcher bei jedem, ja bei dem wichtigsten Schritte, den die Mitglieder unternehmen, nicht blos unthätig, sondern streng willenlos sich verhalten müsse, denjenigen, der absolut passiv die Hände in den Schooß legen soll, während die Mitglieder über das gesellschaftliche Vermögen wie über ihr eigenes verfügen, nach Gutdünken den Gang der Geschäfte leiten und auf beliebige Weise den Zweck der Compagnie verfolgen, kurz! denjenigen, dem — auch ohne

20) a. a. O. Seite 383.

Digitized by Google

besondere Ausschließung durch Convention — ipso jure jede unmittelbare Einwirkung auf den Geschäftsbetrieb von vorn herein abgeschnitten ist, in der Art, daß ihm höchstens ein Veto und resp. Klagerecht bleibt ꝛc. ꝛc.

Diese ganze Voraussetzung scheint nämlich unbegründet.

Das Preußische Landrecht [21]) sagt davon kein Wort.

Eben so wenig der Code de commerce [22]) und das neue Handelsgesetzbuch für das Königreich der Niederlande [23]). Nur eigentliche Handlungen der Verwaltung (Actes de gestion), also ein äußerliches Auftreten gegen Dritte und das Contrahiren mit Diesen für die Societät untersagen sie unter einem bestimmten Präjudiz, und dies offenbar aus dem sehr vernünftigen Grunde, um die Täuschung Dritter zu verhüten, und diese, was ja, wenn der Commanditist Namens der Societät äußerlich als wirklicher Socius aufträte und contrahirte, so nahe läge, nicht zu verleiten, daß sie auch ihn als ihren wahren Schuldner ohne einige Beschränkung ansehen. Für die Stellung der Socii zu einander, für ihr Verhältniß unter sich entscheidet dies aber nichts.

Auch bei den Schriftstellern finden wir jenen Grundsatz des Herrn Verfassers nicht, wenigstens auf keinen Fall in der Schärfe und Ausdehnung, wie dieser ihn aufstellt.

von Martens [24]) sagt nichts davon.

Eben so wenig Mittermaier [25]), denn die Worte: »während die Uebrigen auf ihren alleinigen Namen die Han»delsgeschäfte führen, ohne daß der stille Socius an den Han»delsgeschäften selbst Theil nimmt« — sollen offenbar nur das ausdrücken, was der Code de commerce und das Handelsgesetzbuch des Königreichs der Niederlande verordnen, daß er

21) a. a. O. §. 651. 652.

22) a. a. O. Art. 23—28.

23) a. a. O. Art. 6—8.

24) a. a. O.

25) a. a. O.

Digitized by Google

äußerlich gegen Dritte nicht als Socius sich gerire; und selbst wenn wir hierin irren sollten, so will jener Schriftsteller doch jedenfalls nur damit sagen, in der Regel und gewöhnlich verhalte es sich so damit, was auch gewiß richtig ist, da der Commanditist wohl selten ein der Handlung gründlich kundiger activer Kaufmann seyn wird, weil er ja sonst für sich selbst ein HandlungsEtablissement gründen würde. Daß aber der stille Socius an den Deliberationen der Gesellschaft Theil nehmen, also, insoweit nicht von einem Handeln gegen Dritte die Rede ist, die Geschäfte mit leiten dürfe, folglich keineswegs zu der Willenlosigkeit und absoluten Passivität, wie der Verfasser will, verdammt sey, und daß dadurch das Wesen dieser Gesellschaft nicht geändert werde, sagt Mittermaier ausdrücklich.

Bender [26]) hat ebenfalls eine solche Ansicht nicht.

Pöhls [27]) erwähnt so wenig eines solchen Grundsatzes, daß er es vielmehr [28]) als etwas Besonderes anführt, wenn der Code de commerce dem Commanditisten alle active Theilnahme an der Geschäftsführung verbietet.

Endlich ist auch Eichhorn [29]) eine solche Behauptung ganz fremd, welcher übrigens, um dies hier beiläufig zu bemerken, über die hier vorliegende Frage keineswegs schweigt, wie der Herr Verfasser sagt [30]), sondern, wenigstens in der dritten Auflage seines Buchs [31]), geradezu dahin sich ausspricht, daß der Commanditist, wenn die Handlung breche, den bisher gezogenen Gewinn der Masse restituiren müsse.

§. 11. Der Umstand, daß der eine der Socii die gemein-

26) a. a. O. §. 153.

27) a. a. O. §. 98.

28) a. a. O. §. 98 in fine Note 3.

29) a. a. O. §. 387.

30) a. a. O. Seite 380.

31) a. a. O. Seite 943.

Digitized by Google

schaftlichen Geschäfte betreibt, und der andere dabei nicht thätig ist, steht übrigens mit der Natur der Societät nach gemeinrechtlichen Grundsätzen im geringsten nicht in Widerspruch. Dies ergibt sich schon aus der oben bereits berührten Eintheilung, wornach ein Gesellschafter, ohne Geld oder Geldeswerth einzuschießen, nur Operas prästirt, so wie daraus, daß fast alle Schriftsteller bei Beantwortung der Frage: ob und in wie weit die Socii durch die Handlungen des einen oder andern von ihnen verpflichtet werden? gerade den Fall speciell hervorheben, wo ein Socius als Institor oder Magister societatis [32]) den Geschäften präponirt ist.

Und wenn wir gleich gern zugeben, daß es mit dem Ursprunge der CommanditenGesellschaft in Italien sich gerade so verhalten möge, wie der Herr Verfasser [33]) annimmt, so folgt doch daraus nichts für die rechtliche Beurtheilung, und namentlich nicht, daß der Commanditist nicht als wirklicher Socius anzusehen sey. Schon die Römer könnten die CommanditenGesellschaft der Sache selbst nach gehabt haben, ohne daß darum ein einziges Fragment im Corpus juris anders zu lauten brauchte. Und wo ist denn der Beweis, daß nicht auch schon bei ihnen einzelne Fälle vorgekommen seyn mögen, wo zwei Personen auf diese Weise eine Societät, sey es für einzelne Geschäfte oder einen ganzen Geschäftsbetrieb (dieses Letztere kann ja juristisch nichts ändern), eingegangen sind. Die Veranlassung dazu liegt ja ziemlich nahe, und das ganze Verhältniß ist so natürlich, daß der Handel bei einer Nation noch in der Kindheit liegen kann und daß doch Einzelne gar wohl eine solche Verbindung eingehen können.

Daß es insbesondere mit einer Societät gar wohl vereinbar sey, daß ein Socius nur auf seinen Namen contrahirt, sagen ja die Gesetze [34]) ausdrücklich, wie auch mehrere Stellen

32) L. 14. D. de pactis.

33) a. a. O. Seite 381. 382.

34) L. 67. §. 1. D. pro socio.

Digitized by Google

den Fall voraussetzen, daß ein Socius in Beziehung auf die Societät gegen Dritte in einer persönlichen Verbindlichkeit stehen kann, so daß nur er diesen haftet, dagegen aber dieserwegen natürlich an seinen Socius mit der Actio pro socio den Regreß zu nehmen, berechtigt ist [35]), und bei der Frage von der Haftungspflicht und dem Verhältniß der Socii gegen Dritte, erwähnen fast alle Schriftsteller des Unterschiedes: ob ein Socius auf eigenen Namen oder Namens der Societät contrahirt habe.

§. 12. Nach einigen Andeutungen scheint es fast, als wenn der Herr Verfasser es für etwas Wesentliches und in der Natur der Societät innig begründet hält, oder daß er doch wenigstens annimmt, es verstehe sich von selbst und folge schon aus dem SocietätsVerhältniß an sich selbst als nothwendig, daß jeder Socius die übrigen durch die von ihm auf den Namen der Societät abgeschlossenen Rechtsgeschäfte unbedingt verpflichte, und daß er, weil dieses bei der Société en commandite nicht der Fall ist, oder doch ganz anders sich modificirt, auch deshalb auf die Idee gekommen ist, diese sey keine eigentliche Societät, der Commanditist sey nur als Dritter anzusehen.

Jene Voraussetzung beruht nun aber unseres Erachtens geradezu auf einem Irrthum.

Schon im Allgemeinen ist nicht wohl abzusehen, wie aus dieser verschiedenen Modification des Rechtsverhältnisses Dritter gegen die Societät, d. h. aus dem Umstande, ob Dritte, welche mit einem Socius contrahirt haben, auch an die übrigen Gesellschafter sich halten können oder nicht, etwas für die rechtliche Natur der Societät an sich, für das Rechtsverhältniß der Socii unter sich folgen könne.

Indeß läßt sich dies, auch hievon ganz abgesehen, noch näher nachweisen.

Nach der Natur der Sache und nach gemeinem Rechte

35) L. 28. L. 63. §. 3. L. 67. pr. D. pro socio.

Digitized by Google

haftet jemand für die Schulden, welche sein Gesellschafter mit auf seinen Namen contrahirt, darum schon und nur darum, weil er sein Gesellschafter ist, weil sie zusammen in einem SocietätsVerhältniß stehen, keineswegs; ein Socius macht durch eine von ihm auf den Namen der Societät contrahirte Schuld jene nicht verbindlich, insofern nicht ein Auftrag (Ermächtigung), eine Genehmigung oder in rem versio hinzutritt [36]).

§. 13. Nun ist es zwar richtig, daß heutiges Tages bei unsern unter einer gemeinschaftlichen Firma betriebenen SocietätsHandlungen (den sogenannten offenen Gesellschaften, Sociétés en nom collectif) die sämmtlichen Socii ohne Weiteres für die von einem von ihnen auf die Firma, also auf den Namen der Societät contrahirten Schulden eintreten müssen, wie dieses denn auch von allen Schriftstellern gelehrt und im täglichen Verkehr von Niemanden bezweifelt wird.

---

36) L. 68. L. 82. D. pro socio. L. 16. D. de rebus creditis. Cujacius, ad L. 82. all. in commentariis in Lib. 3. resp. Papiniani. Domat, les loix civiles dans leur ordre naturel. Livre I. Titre 8. Sect. 4. art. 16. Lauterbach, in C. T. P. Tit. pro socio §. 47. Idem, in diss. de sociorum obligatione quae oritur ex conventione cum extraneis inita §. 67. (in Vol. 3. seiner Disp. juris № XX.) Leyser, Spec. 185. Med. 1–3. Mencken, systema juris civilis edit. Schön. Tit. pro socio §. 21. A. D. Weber, Erläuterungen der Pandecten nach Hellfeld ad §. 969 und 970. Ad B. Th. 1. S. 471. Schweitzer, quaestionum forensium de firma mercatorum specimen. Lipsiae 1803. pag. 49. 50. Mackelbey, Lehrbuch des heutigen Römischen Rechts, §. 388 in f. (8te und 9te Aufl.). Schweppe, Römisches PrivatRecht, §. 480 (3te Aufl.). Hufeland, Lehrbuch des CivilRechts, §. 537. Höpfners Commentar über die Institutionen, §. 912. 8., Seite 961. (ed. 7ma). Kind, quaestiones forenses Tom. 4. Cap. 17. pag. 86. 87. (ed. 2da). »Horum debitorum exsolvendorum obligatio tantummodo ei »incumbit socio, qui mutuo pecuniam sumsit, nec vero etiam »reliquis sociis, nisi alia specialis causa obligandi interve»niat, veluti ratihabitio, aut versio in rem societatis.«

Digitized by Google

Allein wenn man die Sache aus dem juristischen Gesichtspunkte betrachtet und nach dem Rechtsgrunde dieser Erscheinung fragt, so ist es klar, daß dieser nicht eigentlich in dem SocietätsVerhältniß an sich selbst liegen kann, weil eine solche Haftungspflicht dem Obigen nach aus demselben nicht folgt, und eben so wenig darin, daß das Preußische Landrecht, der Code de commerce, das Handelsgesetzbuch der Niederlande und einige Deutsche ParticularGesetze dieses verordnen und daß die neueren Schriftsteller über das Handelsrecht, von Martens, Mittermaier, Bender u. s. w. meistens ohne Anführung und nähere Entwickelung der eigentlichen Gründe dieses lehren; denn dieses alles für sich allein würde dem Deutschen Rechtsgelehrten, der auf das gemeine positive Recht verwiesen ist, nicht als gesetzliche Auctorität gelten können, und endlich auch nicht darin, daß man sagt, bei einer Société collective sei dies nun so, denn man würde bei dieser Antwort nur wieder fragen müssen: warum es denn bei dieser anders sei.

Dieser eigentliche Rechtsgrund liegt nämlich in den besondern Verhältnissen, unter denen eine solche offene Gesellschaftshandlung errichtet und betrieben wird, indem die Socii bei derselben ihren Handelsfreunden und dem ganzen Publikum gegenüber sich einander ermächtigt haben, unter der von ihnen angenommenen gemeinschaftlichen Firma auf eine für sie Alle verbindliche Weise zu contrahiren, weil sie sich so gegenseitig der Societät als Institores oder Magistros societatis präponirt haben [37]).

Es tritt hier also gerade einer der oben schon berührten Ausnahmsfälle ein, und wenn man die Sache juristisch und genau nimmt, so muß man nicht etwa sagen: die Gesellschafter haften, auch wenn nur einer von ihnen Namens der Societät contrahirt hat, alle, weil sie in einer Société col-

37) S. hierüber die weitere Ausführung in dieser Zeitschrift, Band I. № XVIII. §. 15 u. 16. und Kind l. c.

lective stehen, sondern man muß sagen: eine solche Haftungspflicht tritt ein, weil die Socii dem Publicum gegenüber und gegen dieses zu einer solchen Eingehung von Verbindlichkeiten sich einander ermächtigt haben, und eine Societät, bei welcher eine solche gemeinschaftliche Firma, verbunden mit dem Rechte der Einzelnen zu firmiren, kurz eine solche gegenseitige Praepositio institoria Statt findet, nennt man eine offene Handelsgesellschaft, Société collective.

Noch weniger aber darf man, wie schon erwähnt, sagen: nur eine Societät dieser letzteren Art ist eine eigentliche Societät, eine Société en commandite ist also eine solche nicht; weil sie dies nun nicht ist, so ist auch der Commanditist kein wahrer Socius, sondern nur als Dritter zu beurtheilen, und deshalb braucht er das einstweilen als Gewinn Bezogene nicht wieder herauszugeben, wenn sich hinterher findet, daß der SocietätsBetrieb keinen Gewinn, sondern Verlust abgeworfen hat.

§. 14. So sehr wir nun auch die entgegenstehende Ansicht haben, und also, im Resultat wenigstens, mit Martens, Mittermaier, Pöhls und Eichhorn übereinstimmen, so müssen wir doch ausdrücklich bemerken, wie sich diese Behauptung unseres Erachtens gemeinrechtlich nur insofern begründen läßt, als von dem Rechtsverhältniß der Socii unter sich, also von den Ansprüchen des sogenannten Complementarius an den Commanditisten die Rede ist. Daß jener an diesen einen solchen Anspruch auf Rückzahlung habe und vermittelst der aus dem Contracte entspringenden Actio pro socio geltend machen könne, liegt dem Obigen nach in der rechtlichen Natur der Societät.

Allein daraus folgt keineswegs, daß auch Dritte, welche mit dem Complementarius, und zwar nur auf dessen Namen, contrahirt haben, ihrerseits wider den Commanditisten einen solchen Anspruch geltend machen können.

Es liegt überhaupt schon in der Natur der Sache und in allgemeinen Grundsätzen, so wie es auch von allen Schrift-

Digitized by Google

ſtellern [38]) anerkannt wird, daß derjenige, welcher mit A, der mit B in einer Societät ſteht, jedoch nur auf des A Namen contrahirt, und ſo, daß dabei des B als Mitcontrahenten keine Erwähnung geſchieht, auch nur mit ſeinem Contrahenten A in ein ObligationsVerhältniß tritt und nur an dieſen ſich halten kann, nicht an B, der ihm ganz fremd iſt, dem er nicht fidirt und den er bei Eingehung des Contrakts überall nicht berückſichtigt hat. Da nun der Complementarius nur auf eigenen Namen handelt, alſo nur für ſich mit Dritten in eine Obligatio tritt [39]), ſo iſt kein Rechtsgrund aufzufinden, aus welchem dieſer Dritte, aus eigenem Rechte an den ihm völlig fremden Commanditiſten Anſprüche machen könnte. Dieſes dürfte wenigſtens in dem Falle, wo über die Errichtung und Exiſtenz der CommanditenGeſellſchaft vom Complementarius und Commanditiſten nichts bekannt gemacht iſt, außer allem Zweifel ſeyn; denn hier fehlt es ja an allem und jeden Obligationsnexus zwiſchen den Dritten, welche mit jenem (dem Complementarius) auf deſſen alleinigen Namen und Obligo contrahirt haben und dieſem (dem Commanditiſten), es

38) Lauterbach, in C. T. P. Tit. pro socio §. 41. ibiq. cit. L. L. et D. D. Idem, in Diss. de sociorum obligatione quae oritur ex conventione cum extraneis inita §. 39—43. Stryk, in U. M. P. Tit. pro socio §. 28. Leyser, Spec. 185. Med. 2. J. H. Böhmer, introductio in jus Dig. Tit. pro socio §. 22. Glück, im PandektenCommentar §. 970. in fine (Band 15. Seite 468). Kind, quaestiones forenses Tom. 4. Cap. 17. (ed. 2. pag. 93.) — — »atque reliqui etiam socii »ex iis teneantur, dummodo ea a socio non suo sed societa»tis nomine contracta esse constat.« Mencken, systema juris civilis ed. Schön Tit. pro socio §. 20. coll. Heiſe und Cropp, juriſtiſche Abhandlungen, Band 2, № XIII. §. 22. Seite 388. Wening-Ingenheim, Lehrbuch des CivilRechts, Buch III. §. 179. (3te Aufl. Band 1. Seite 565.).

39) von Martens, a. a. O. §. 22. Bender, a. a. O. §. 153. Pöhls, a. a. O. §. 98. Das charakteriſtiſche dieſer Societät ꝛc. — Wer mit der Handlung Geſchäfte macht ꝛc.

Digitized by Google

fehlt durchaus an einem Moment, wodurch der letztere jenen Dritten sich verbindlich gemacht hätte und hätte verbindlich machen wollen; ja es spricht auch nicht einmal ein Schein von Billigkeit dafür, den Dritten eine Klage gegen Jemanden einzuräumen, den sie bei dem Geschäfte gar nicht gekannt, auf den sie folglich gar nicht gezählt haben, bloß darum, weil sich hinterher findet, daß er mit ihrem Contrahenten in einem SocietätsVerhältniß gestanden.

Aber auch selbst dann, wenn eine Bekanntmachung darüber erlassen wäre, daß A als Commanditist bei der von B als Complementarius auf des Letztern Namen geführten Handlung mit einem Capital von 10,000 Rthlr. interessirt sey, würde zwar allerdings hieraus rechtlich folgen, daß A dadurch gegen das kaufmännische Publikum sich verbindlich gemacht, mit diesem Capital für die Schulden zu haften; ob aber daraus das Recht der Dritten, welche mit B contrahirt haben, deducirt werden könne, von A die Rückzahlung des früherhin als Gewinn Bezogenen zu verlangen, dürfte doch sehr bezweifelt werden, da diese Pflicht der Rückzahlung eigentlich nur in der rechtlichen Natur des zwischen A und B bestehenden Contracts begründet ist, und A gegen das Publicum nur sich verbindlich gemacht hat, mit 10,000 Rthlr. haften zu wollen.

§. 15. Inzwischen ist diese ganze Untersuchung, ob die Dritten aus eigenem Rechte einen Anspruch auf Rückzahlung gegen den Commanditisten geltend machen können (§. 14.), mehr theoretisch als praktisch. Diese Frage hat nämlich nur dann praktisches Interesse, wenn der Complementarius in Insolvenz geräth und so den Verpflichtungen gegen seine Gläubiger nicht Genüge leisten kann. Tritt nun ein solcher Fall ein und es entsteht Concurs, so gehört ja der Anspruch des Complementarius an seinen Socius, den Commanditisten, auf Rückzahlung dessen, was dieser als einstweiligen Gewinn bezogen hat, wovon es sich aber jetzt findet, daß es kein Gewinn gewesen, so gut wie jedes andere Vermögensstück offen-

Digitized by Google

bar zur Maſſe und zu dem Activum [40]), aus welchem die Gläubiger, ſo weit dieſes reicht, unter gerichtlicher Auctorität ihre Befriedigung zu ſuchen berechtigt ſind. Mithin kann die Geſammtheit der Creditoren oder der dieſe vertretende Concurscurator zwar nicht aus eigenem Rechte, jedoch aus dem Rechte des Gemeinſchuldners, welches auf ſie überkommen und welches ſie als deſſen active Repräſentanten zum eigenen Vortheil und zum Zweck ihrer Befriedigung geltend machen, dieſe Klage anſtellen und das ſo Erſtrittene zur Maſſe und zur Vertheilung bringen [41]).

40) L. 49. D. de Verb. signif.

41) Thibaut, Syſtem des P.R. §. 1021. (7te Aufl.). von Wening-Ingenheim, Lehrbuch des CivilRechts, Buch III. §. 38. (3te Aufl. Band I. Seite 405.). Schweppe, Concurs der Gläubiger, §. 35. 36. 59. (3te Aufl.).

III.

Zur Lehre
von den LotterieGeschäften
und
vom Recht des Widerrufes eines vergleichsweise geschlossenen Schenkungsvertrages.

Aus einem PrivatGutachten des Herausgebers.

Unterm 30. Dec. 1836 überreichte die verehelichte Maria W. geb. D. zur Halbmeisterei auf der Haide bei N. im Königreich Hannover der Großh. Meckl. Schwer. LotterieDirection zu Schwerin, als der in LotterieSachen competenten Gerichtsbehörde erster Instanz, eine Klagschrift des Inhaltes:

Auf die №5177 der 134sten Großh. Meckl. Schwer. Lotterie, von welcher sie ein Viertel in der Collectur des Israeliten B. in D. spiele, sey ein bedeutender Gewinn gefallen. Hiervon sey sie zuerst durch den gedachten B. selbst unterrichtet worden, welcher in Begleitung mehrerer Personen zu ihr gekommen sey, um ihr den Gewinn abzuhandeln. Man habe ihr anfänglich 50, zuletzt 700 Rthlr. geboten, ihr auch gedroht, daß sie ohne Besitz des Looses letzter Klasse von dem Gewinn nichts bekommen werde, und man ihr diese Summe »nur aus gutem Willen als Geschenk übermache.« Sie sey dadurch bewogen worden, die aufgezählten 700 Rthl. an-

Digitized by Google

zunehmen und habe ein von einem anwesenden Notar abgefaßtes Protocoll unterkreuzt. Seit längerer Zeit habe sie mit dem B. in der Art in Verbindung gestanden, daß er alles auf ihrer Halbmeisterei vorfallende Rauchleder von ihr erhalten, sie dagegen bei ihm diese Lotterie gespielt, und durch Abrechnung der Loose den Zusatz bezahlt habe, ohne jedes einzelne Loos zu entrichten. Dem gemäß habe er ihr auch die Loose der 5 ersten Klassen der 134sten Lotterie nach und nach frei selbst gebracht. Das Loos zur 6ten Klasse, worauf der Gewinn gefallen, habe aber B. deshalb im Besitz behalten, weil er drei Wochen vor Weihnachten das vorräthige Leder habe abholen und gegenseitige Abrechnung machen wollen. Solches sey aber nicht geschehen. Da sie sich nun für hintergangen und betrogen achten müsse, so bitte sie, ihr, als der rechtmäßigen Inhaberin des Looses, den darauf gefallenen Gewinn zuzuerkennen.

Beklagter bemerkte in seiner Vernehmlassung: Allerdings sey auf das in seiner Collecte befindliche Loos № 5177 ein Gewinn von 1000 Mark und die Prämie von 40,000 Mark gefallen. Klägerin habe ein Viertel des gedachten Looses auf Credit in den 5 ersten Klassen gespielt. Sein Bruder habe ihr auf seiner Geschäftsreise auch das RenovationsLoos zur 6ten Klasse gegen Bezahlung des Einsatzpreises für alle 6 Klassen überlassen wollen, sie jedoch nicht zu Hause gefunden, und daher, der empfangenen allgemeinen Instruction gemäß, das Loos wieder zurück gebracht, nachdem er der Klägerin durch ihre Hausgenossen habe sagen lassen, daß er zum Zweck der Abgabe des Looses dagewesen sey und sie sich weiter melden könne. Klägerin habe nun aber nichts von sich hören lassen, und ungeachtet er sich bemüht, das gedachte Viertel Loos anderweitig unterzubringen, sey ihm solches nicht geglückt und das Loos daher bis zur Ziehung in seinen Händen geblieben. Wie nun auf dieses Loos der obengenannte Gewinn gefallen, habe er, durch den Ausspruch eines von ihm consultirten Rechtsgelehrten hierin bestärkt, geglaubt, daß der Gewinn ihm

Digitized by Google

gebühre, jedoch beschlossen, der Klägerin einen Beweis seiner Gentilität und Menschenfreundlichkeit zu geben, und zugleich zur Abschneidung aller möglichen Weiterungen ihr einen Theil des Gewinns zum Opfer zu bringen. Er sey daher mit einem Notar zur Klägerin gereist. Dieser habe ihr das Sachverhältniß auseinandergesetzt, sie auf die landesgesetzlichen Bestimmungen aufmerksam gemacht und sie aufgefordert, sich darüber zu entschließen, ob sie sich mit ihm, dem Beklagten, in Güte einigen, oder seine Bereitwilligkeit, sie an seinem Gewinn Theil nehmen zu lassen, von der Hand weisen wolle. Sie habe 800 Rthl. gefordert, er ihr 500 Rthl. geboten, wenn sie diese Summe als ein Geschenk annehmen, und aller vermeintlichen Ansprüche entsagen wolle. Aus unzeitiger und zu großer Freigebigkeit habe er ihr endlich 700 Rthl. bewilligt und ausgezahlt, welche sie als Geschenk angenommen und worüber sie, unter Entsagung aller erdenklichen Ansprüche gegen ihn, zu Protocoll quitirt habe.

Beklagter leitete aus dieser von ihm angegebenen Sachlage die peremtorischen Einreden der gänzlich unbegründeten Klage und der Befriedigung der Klägerin durch geschehene Zahlung her. Zugleich trug er widerklagend auf Rückzahlung der 700 Rthl. an, sich dieserhalb auf den von der Klägerin ihm vorgeworfenen Betrug, als eine erlittene schwere Injurie, welche den Widerruf der Schenkung gestatte, gründend.

Klägerin berief sich in ihrer Replik auf eine früher getroffene Verabredung, nach welcher Bekl. bei jeder Fellieferung oder beim Jahresschluß sowohl wegen des LotterieEinsatzes, als über Gewinn und Verlust des Looses mit ihr liquidiren solle, aus welcher für ihn daher die stillschweigende Verpflichtung entstanden sey, ihr den LotterieEinsatz durchweg für alle Klassen zu creditiren. Sie habe, da sie Lesens und Schreibens unkundig sey, ganz allein in der Haide wohne, und selten Menschen bei sich sehe, sich ganz auf die Redlichkeit des Bekl. verlassen müssen, und solches auch um so mehr thun zu dürfen geglaubt, als er ihr von der entgegenstehenden

Digitized by Google

Seite nicht bekannt geworden sey. Ihr Vertrauen zu ihm habe auch noch dadurch steigen müssen, daß er ihr einst die Nachricht gebracht, ihr der Zeit auch noch in seinen Händen befindliches Loos habe 60 Rthl. gewonnen, welche er ihr auch berechnet. In Folge dieses fortbestandenen alten Verhältnisses habe er ihr nun ebenfalls die Loose zur 134sten Lotterie bis zur 5ten Klasse incl. gebracht, und das letzte Mal bemerkt, daß er das Loos zur sechsten Klasse mitbringen würde, wenn er zur Entgegennahme von Häuten für circa 100 Rthl. drei Wochen vor Weihnachten wiederkommen werde. Daß sie, wenn er nicht kommen würde, das Loos von ihm fordern müsse, sey ihr nicht in den Sinn gekommen. Daß er dasselbe durch seinen Bruder habe präsentiren lassen, sey unwahr. Die Widerklage anlangend, könne von einer Schenkung überall nicht die Rede seyn, da sie für das Geld ihre Ansprüche habe aufgeben sollen; weshalb denn auch ein Recht des Widerrufes nicht eintreten könne. —

Daraus, daß er der Klägerin früher Credit bewilligt habe, führte der Bekl. duplicirend an, folge nicht, daß er ihr fortwährend creditiren müsse. Einen Vertrag aber der angegebenen Art nehme er in Abrede. Ein Guthaben der Klägerin, gegen welches der Einsatz habe creditirt werden sollen, habe damals überall nicht stattgefunden, so wenig gegen ihn, als gegen seine Mutter, von welcher der Handel mit Rohfellen unter der Firma L. W. B. Erben betrieben würde, während das LotterieGeschäft ihm unter seinem Namen L. B. junior von der Großh. LotterieInspection übertragen worden sey. Klägerin sey seiner Mutter vielmehr noch mit einem Saldo von 68 Rthl. verhaftet, welche Schuld sie nie rein habe abtragen können. Daher sey er auch nur durch das Versprechen der Klägerin, ihm die restirenden Einsätze der 133sten Lotterie sowohl, als die neuern Einsätze prompt zu leisten, dazu bewogen worden, ihr ein Viertelloos zur ersten Klasse der 134sten Lotterie nebst Plan zu überlassen. Da er aber mit der Bezahlung von einer Klasse zur andern hingehalten wor-

Digitized by Google

den, so habe es die Nothwendigkeit am Ende der 5ten Klasse geboten, nicht weiter zu creditiren. Was die fälschliche Behauptung der Klägerin betreffe, daß er versprochen habe, ihr 3 Wochen vor Weihnachten das Loos zu bringen, so käme selbst ein derartiges Versäumniß des Collecteurs dem Spieler nur dann zu Gute, wenn Letzterer vor der Ziehung bei Großh. LotterieDirection davon Anzeige gemacht habe, was nicht geschehen sey. Da der Collecteur auch nicht im Voraus wissen könne, ob das nicht verabfolgte Loos gewinne, oder verliere, und den Werth desselben selbst risquire, daher auch wünschen müsse, alle Loose abzusetzen, so könne selbst im Fall einer wirklichen Versäumung nie von einem Dolus des Collecteurs die Rede seyn. — Uebrigens müsse Klägerin, falls sie einen beachtenswerthen Klagegrund angegeben habe, was er in Abrede stelle, denselben, ihm, dem Besitzer des Looses gegenüber, beweisen. —

Unterm 9. Sept. 1837 gab Großh. LotterieDirection zum Bescheid:

»Die Klage anlangend, findet dieselbe, da Klägerin die Vorschrift des LotteriePlanes sub 4, e, verabsäumet, nicht statt und wird Klägerin mit derselben unter Verurtheilung in die Kosten ab und zur Ruhe verwiesen, sie könnte und wollte denn, weil jene Vorschrift des LotteriePlanes anderweitige Anordnungen zwischen den Collecteurs und ihren LotterieSpielern rücksichtlich der Aushändigung der Loose und der Berechnung über die Einsätze nicht verbietet, binnen einer peremtorischen Frist von 3 Wochen rechtlicher Art nach darthun, was von ihr in ihrer Klage behauptet, und in der Replik näher angegeben worden, worin eine Mutatio libelli nicht zu erfinden —

daß nämlich zwischen ihr und dem Beklagten seit geraumer Zeit das Verhältniß bestanden, daß erst bei ihrer Berechnung über die FellLieferungen, über die LotterieEinsätze und etwanigen Gewinn Liquidation zugelegt sey,

Digitized by Google

ohne Rücksicht darauf, ob Beklagter ihr jedesmal die Loose ausgehändigt habe, oder nicht,

wogegen dem Beklagten der Gegenbeweis binnen gleicher Frist und der Beweis seiner Einreden — reprob. salva für die Klägerin — dahin vorbehalten bleibt:

entweder:

daß er durch seinen Bruder nach Ziehung der 5ten Klasse der 134 Lotterie das fragliche Loos zur sechsten Klasse im Hause der Klägerin habe präsentiren und bei deren Abwesenheit derselben durch ihre Hausgenossen sagen lassen, sie könne sich wegen des Looses weiter melden,

oder auch:

daß er sich mit der Klägerin wegen ihrer etwanigen Ansprüche verglichen und erstere denselben gänzlich und rein entsagt habe,

wobei es ihm, dem Beklagten überlassen bleibt, soweit er davon rechtlich Gebrauch machen zu können glaubt, sich der, in beglaubter Abschrift bereits beigebrachten Acte de 23. Dec. 1836 zu bedienen; worauf sodann in der Hauptsache u. der Kosten halber weiter ergehen soll, was Rechtens.

Anlangend die Widerklage, so wird Beklagter und Widerkläger, da die Acte de 23. Dec. 1836 als Schenkungsvertrag nicht anzusehen ist, indem die Verheißung der 700 Rthl. nicht unentgeldlich geschehen, vielmehr die Klägerin und Wiederbeklagtinn dagegen allen ihren etwaigen Ansprüchen an das fragliche Loos entsagt, es mithin dem Beklagten und Widerkläger nicht freisteht, wegen angeblicher Undankbarkeit der Klägerin und Widerbeklagtinn jene Acte einseitig aufzurufen — damit ab und zur Ruhe verwiesen und schuldig erkannt, der Klägerin und Widerbeklagtinn die durch die Widerklage verursachten Kosten, deren rechtliche Bestimmung vorbehältlich, binnen 14 Tagen zu erstatten.«

Gegen dieses Erkenntniß interponirte Beklagter das Rechtsmittel der Querel an die hohe Großh. Mecklenb.

Schwerinsche Landesregierung zu Schwerin, als die in LotterieSachen eintretende zweite und letzte Instanz.

Nach Einführung dieses Rechtsmittels bei der hohen Behörde, und vorbehaltener Rechtfertigung desselben, erbat sich Beklagter durch seinen Anwald vom Herausgeber ein rechtliches Gutachten über die Rechtsbeständigkeit des vorstehenden Erkenntnisses. Mit Uebergehung des die CautionsLeistungen betreffenden Theiles des Gutachtens, lassen wir hier das Uebrige wörtlich folgen:

I.

Die Bestimmungen des fraglichen Erkenntnisses hinsichtlich der Klage anlangend, so ist zwar Klägerin in Berücksichtigung der Vorschriften des LotteriePlanes im Allgemeinen mit ihrer Klage abgewiesen, jedoch ihr ein Beweis, mit vorbehaltenem Gegenbeweis noch frei gelassen, wogegen das 3te und 4te Gravamen des Bekl. gerichtet ist, welcher reine Abweisung der Klägerin ohne Freilassung eines Beweises mit Verurtheilung in die Kosten verlangt.

Um diesen wichtigsten Theil des Erkenntnisses gehörig würdigen zu können, wird zunächst erforderlich:

die rechtliche Beurtheilung des LotterieGeschäftes überhaupt.

In neuern Zeiten ist es üblich geworden, das zwischen der LotterieDirection und den Collecteurs eingegangene Rechtsgeschäft unter Umständen als einen bloßen Contractus aestimatorius oder TrödelContract, und das zwischen den Collecteurs und Abnehmern der Loose geschlossene Rechtsgeschäft als eine Emtio venditio spei oder einen Hoffnungskauf darzustellen. — Besonders ist dieser Gesichtspunkt geltend gemacht von

Hagemann, practische Erörterungen, B. 5, Erört. 28, und

Glück, im PandektenCommentar, B. 11, §. 762,

S. 358 ff., welcher Hagemann's Erörterung fast wörtlich aufgenommen hat.

Für diese Ansicht läßt sich anführen, daß die Lotterie-Direction den Debit der Loose entweder Einem oder Mehreren überläßt, und von ihnen vor dem Ziehungstage den festgesetzten Preis für die einzelnen Loose, oder diese selbst zurück verlangt; imgleichen, daß der Abnehmer des Looses für die an dasselbe geknüpfte Hoffnung des Gewinnes sein Geld bezahlt. Auch scheint die im Römischen Recht enthaltene Bestimmung für den Fall

> »cum futurum jactum retis a piscatore emimus, aut indaginem plagis positis a venatore, vel pantheram ab aucupe,« (Cf. l. 11, §. 18 in f.; l. 12. D. 19, 1, De act. emti et venditi)

hier vollkommen einzutreten; so wie das Römische Recht sich für solche Fälle ja auch selbst des vom Würfelspiel entlehnten Ausdruckes des Kaufes einer Alea, eines Glückswurfes, bedient; wie z. B. in der l. 7. D. 18, 4, de hereditate vel actione vendita:

> »Cum hereditatem aliquis vendidit, esse debet hereditas, ut sit emptio; nec enim alea emitur, ut in venatione et similibus, sed res;«

verglichen mit der l. 11. D. e. t.:

> Nam hoc modo admittitur esse venditionem: Si qua sit hereditas, esto tibi emta, et quasi spes hereditatis: ipsum enim incertum rei veneat ut in retibus.« —

Unbedingt würden wir auch die Analogie dieser Bestimmungen anerkennen, wenn Jemand z. B. einem Andern im Würfelspiel seinen Wurf, oder beim Scheibenschießen seinen Schuß abhandelte. Denn wenn gleich zwischen diesen Fällen und namentlich dem Falle des dem Fischer abgekauften Fischzuges der wichtige Unterschied obwaltet, daß der Käufer es hier nur mit dem verkaufenden Fischer, nicht mit Dritten, dort aber auch mit den übrigen Interessenten des Würfelspieles oder

Digitized by Google

Scheibenschießens zu thun hat, so schließt dieses doch die analoge Anwendung jener Stellen über die Emtio venditio spei keinesweges aus, weil der Käufer durch Cession der Klagen von Seiten des Verkäufers in dessen Namen auch gegen jene Dritte sein etwaiges Recht geltend machen kann. —

Das Gesagte würde nun auch offenbar eintreten, wenn beim LotterieSpiele ein SpielInteressent sein von einem Collecteur empfangenes Loos einem Dritten käuflich überließe, indem dieser dadurch ebenfalls ganz an die Stelle des Verkäufers, als seines Auctors, träte, und nöthigenfalls durch die ihm cedirten Klagen desselben seinen Anspruch auf den etwa auf seine Nummer gefallenen Gewinn geltend machen könnte. Der Umstand, daß es einer solchen KlagenCession in der Regel nicht bedarf, sondern der rechtmäßige Besitz des LotterieLooses den Dritten schon genügend bei der LotterieDirection zur Entgegennahme des Gewinns autorisirt, weil die Loose nicht auf eine bestimmte Person, sondern au porteur, auf jeden rechtmäßigen Inhaber, ausgestellt zu seyn pflegen, ändert in jener Behauptung an sich nichts. —

Es frägt sich nun aber, ob dasjenige, was von dem Rechtsgeschäfte gilt, wodurch ein SpielInteressent sein Loos einem Dritten käuflich überläßt, und was allerdings als Emtio venditio spei erscheint, auch von demjenigen Rechtsgeschäfte sich behaupten läßt, welches zwischen dem LotterieCollecteur und dem SpielInteressenten abgeschlossen wird? Und diese Frage glauben wir entschieden verneinen zu müssen. Diejenigen, welche sie bejahen, übersehen zunächst, daß es sich beim Einsetzen in eine Lotterie nicht bloß um ein untergeordnetes vereinzeltes Geschäft über ein einzelnes Loos handelt, sondern um den Eintritt in einem zwischen dem Unternehmer und allen SpielInteressenten zu schließenden umfassenden SpielContract. Ist doch auch beim Würfelspiel, abgesehen von der, auf besondern positiven Gründen beruhenden Rechtswidrigkeit desselben, ein großer Unterschied zwischen demjenigen, welcher das Würfelspiel mit den übrigen SpielGenossen eingegangen

Digitized by Google

ist, und demjenigen, welcher einem einzelnen Interessenten seinen Wurf abkauft. Da eine Rechtshandlung nicht zugleich einen doppelten rechtlichen Charakter haben kann, sondern entweder aus dem Einen, oder aus dem andern rechtlichen Gesichtspunkt zu beurtheilen ist; so würde auch, wenn alle fraglichen Rechtsgeschäfte nur als eine Emtio venditio spei, oder in Betreff der LotterieDirection und Collecteure als ein Contractus aestimatorius zu betrachten wären, der Spiel-Contract als solcher, worauf die ganze Lotterie wesentlich begründet ist, und woraus die Hauptansprüche gegen den Unternehmer des Spieles abzuleiten sind, verschwinden, und alle anderweitig abgeschlossenen Geschäfte bodenlos in der Luft schweben.

Denn wenn der mit dem Collecteur contrahirende Spiel-Interessent nur mit diesem ein eigentliches Handelsgeschäft abschlösse und als Käufer der Spes nur in dessen Stelle einträte, der Collecteur aber wiederum nur einen TrödelContract mit dem LotterieUnternehmer eingegangen wäre, so frägt sich, mit welcher Klage der Unternehmer auf Vollziehung der Lotterie und Auszahlung der gefallenen Gewinne zu belangen seyn würde? Aus dem Contractus aestimatorius als solchem geht bekanntlich nur für den Trödler die Verpflichtung hervor, entweder den ihm gesetzten Preis oder den ihm übergebenen Gegenstand, hier die Loose, zurück zu liefern, und worauf die Actio praescriptis verbis gerichtet ist; wogegen aber der Trödler seiner Seits nach Römischem Rechte aus dem Trödel-Contracte selbst keine Klage hat, sondern höchstens nur den Gegner mit einer Actio doli oder in factum belangen könnte, wenn durch Dolus oder Culpa desselben der zum Vertrödeln hingegebene Gegenstand als werthlos oder fehlerhaft sich auswiese, hier die zum Vertrödeln hingegebene Spes sich als eine völlig leere Hoffnung darstellte, weil der Unternehmer die Lotterie überhaupt nicht vollziehen, oder einen Gewinn nicht auszahlen ließe. Diese Actio doli oder in factum wäre daher auch das einzige Rechtsmittel, durch dessen Cession der Spiel-

Digitized by Google

Interessent seine Ansprüche aus dem Loose gegen den Unternehmer der Lotterie geltend machen könnte. Es bedarf aber keiner weitern Ausführung, auf welchem schwankenden und ungewissen RechtsFundamente alsdann die zahlreichen, durch eine Lotterie herbeigeführten Rechtsgeschäfte ruhen würden; so wie es auch zu Tage liegt, daß eine derartige theoretische Auffassung in wesentlichem Widerspruche mit den diese Verhältnisse praktisch leitenden RechtsIdeen steht. —

Indem man in die Lotterie setzt, beabsichtigt man nicht sowohl ein Loos zu kaufen, als an einem unter öffentlicher Auctorität unternommenen, und ausdrücklich gebilligten Spiel, Lusus, Theil zu nehmen. Demgemäß ist auch in den Avertissements zu den LotteriePlänen nicht von dem für die Loose zu bezahlenden Kaufgelde, sondern vom Einsatze die Rede. Imgleichen weisen nicht bloß die Namen der LotterieDirection, der LotterieInspection, der LotterieCollecteure, sondern auch die diesen verschiedenen Behörden und Personen beigelegten Rechte nicht auf ein bloßes Handelsgeschäft, sondern auf ein wohleingerichtetes Spielgeschäft hin, das sich von der bloßen Handelsunternehmung auch dadurch unterscheidet, daß es wenigstens im Mecklenburgischen Lande nur zu Gunsten gemeinnütziger Anstalten unternommen wird, worin zugleich auch der historische Grund der Ausnahme von dem gemeinrechtlichen Verbot aller bloßen Glücksspiele zu suchen ist.

Wenn die wahre rechtswissenschaftliche Aufgabe nun die ist, nicht ein seit längerer Zeit bereits praktisch gebildetes Institut nach irgend einer neuersonnenen Theorie umzuformen, sondern vielmehr die diesem, im neuern Staats- und Volksleben geschichtlich gebildeten Institute zum Grunde liegenden Rechts-Ideen oder Rationes juris aufzufinden und bei der Beurtheilung der neuvorkommenden Rechtsfälle geltend zu machen; so unterliegt es keinem Zweifel, daß jede Lotterie auf einem Spielvertrage beruht. Während beim Würfelspiel, Kartenspiel, u. s. w. ja oft auch beim gesellschaftlichen LotterieSpiel

Digitized by Google

dieser Vertrag, abgesehen von seiner sonstigen Rechtsbeständigkeit, in der Regel lediglich zwischen den Mitspielern, den Collusores, geschlossen wird, und deshalb auch der durch Einsätze gebildete Fonds ein gemeinsamer ist, ohne daß darum wegen des mangelnden »Jus quodammodo fraternitatis« auch ein wahres SocietätsVerhältniß vorliegt, wird bei unsern gewöhnlichen, vom Staate garantirten Lotterien der Spielvertrag nicht zwischen den Mitspielern, sondern zwischen diesen und dem Staate, als dem Unternehmer des Spieles, contrahirt. Der Staat schließt diesen Spielvertrag durch die von ihm ernannte LotterieDirection nicht etwa mit dem LotterieAdministrator, dem die Debitirung der Loose, d. i. die Aufnahme der SpielInteressenten durch Ueberlieferung der OriginalLoose gegen Empfangnahme des Einsatzes, allein überlassen ist, noch mit den von diesem zur Unterbringung der Loose, oder, wie schon der Name sagt, zur Sammlung der Mitspieler angestellten Collecteurs; sondern mit den von diesen zusammengebrachten eigentlichen Spielern, welche an die Collecteurs gegen Empfangnahme des Looses ihren Einsatz bezahlen, mögen sie Ein oder mehrere Loose, ein ganzes, halbes, oder ViertelLoos genommen haben. Der Staat schließt nun den Spielvertrag mit diesen Spielern durch die Vermittlung, theils des LotterieAdministrators, (oder LotterieInspectors) theils der Collecteurs ab. Jener hat, indem ihm der alleinige Debit der Loose übertragen ist, das GeneralMandat, bis zum Belauf der nach dem LotteriePlan festgesetzten Zahl der Loose, Spielverträge selbst oder durch MittelsPersonen abzuschließen; einerlei ob er dieses für Rechnung des Staates, oder als Procurator in rem suam für eigne Rechnung und gegen zu erlangende Procente, und insofern als QuasiPächter der Lotterie thut. Die Collecteurs erscheinen dagegen als AfterMandatare, und zwar theils die HauptCollecteurs, welche unmittelbar von dem LotterieAdministrator ihre Collectur erhalten haben, theils die UnterCollecteurs, die wiederum für einzelne HauptCollecteurs

Digitized by Google

colligiren, d. i. Spieler sammeln, oder, was gleich ist, Loose unterbringen. Alle diese MittelsPersonen leiten ihre Befugnisse aus dem GeneralMandat des LotterieAdministrators ab, und schließen daher Namens des Staates den Spielvertrag mit den Mitspielern, auf ähnliche Weise wie z. B. die von einem HandlungsFactor angestellten Commis Namens des Herrn des Handlungshauses mit den Käufern contrahiren; woraus sich auch ergibt, daß die den Spielern gegen den Staat zustehende Klage die als Actio quasi institoria anzustellende Klage aus dem Spielvertrage ist. Daß die Collecteurs wesentlich zum LotterieGeschäft gehören und der Staat ihre Thätigkeit anerkennt, ungeachtet sie ihre Collecturen nicht unmittelbar von ihm, sondern von dem mit dem Debit ausschließlich beauftragten LotterieAdministrator erhalten, geht auch daraus hervor, daß nach den LotteriePlänen, namentlich nach dem hier vorzüglich zu berücksichtigenden Plan zur Großh. Mecklenb. Schwerinschen 134sten Lotterie, für jede der Klassen oder Abtheilungen, worin die Lotterie zerfällt, nicht nur der Einsatz, sondern auch das Schreibgeld für die Collecteurs bestimmt ist; so wie, daß die Rechte und Pflichten der Collecteurs genau angegeben werden, namentlich auch hinsichtlich der an die Stelle der Douceurs tretenden Abzüge von den Gewinnen zu Gunsten des Collecteurs, in dessen Collectur der Gewinn gefallen ist u. s. w.

Imgleichen beweist auch die den Collecteurs der Großh. Mecklenb. Schwerinschen Lotterie (in Uebereinstimmung mit denen der auswärtigen Lotterien) gewordene Instruction, daß sie als Beamte bei dieser Spielanstalt engagirt sind, als solche z. B. ihre in Deutscher Schrift zu führenden Lotterie-Bücher der Großh. LotterieDirection zu Gebote stellen müssen ꝛc. Durch alles Dieses unterscheiden sich die Collecteurs wesentlich von denjenigen, welche das eine oder andere von Collecteurs bezogene Loos wiederum käuflich an Dritte überlassen, und (ohne die Bedeutung von UnterCollecteurs zu haben) in ihrem eignen Namen als wahre Venditores spei auftre-

Digitized by Google

ten. — Uebrigens können die Collecteurs auch für ihre eigne Person dadurch Theilnehmer des Spieles werden, daß sie die nicht abgesetzten Loose nicht zur bestimmten Zeit zurücksenden, in welcher Beziehung sie sich durch den Besitz des Looses als SpielInteressenten ausweisen und dadurch auch zur Erhebung des auf das Loos etwa gefallenen Gewinnes autorisirt werden. Insofern sie getheilte Loose nicht zurücksenden dürfen, werden sie genöthigt, alle nicht abgesetzten halben und ViertelLoose für ihre eigne Rechnung zu spielen, weshalb sie mit Fug und Recht hier vorzugsweise gegen die Spieler nach strengen Grundsätzen verfahren und die in ihrem Besitz gebliebenen Loose als die ihrigen ansehen.

Unterliegt es nun keinem Zweifel, daß der Staat durch Vermittlung der Collecteurs die Spielverträge mit den Mitspielern abschließt, so frägt sich nur noch, auf welche Weise diese Verträge nach dem vom Staate dem LotterieAdministrator ausdrücklich oder stillschweigend gegebenen GeneralMandat abgeschlossen werden? Herkömmlich ist die Aufnahme des Spielers in den Spielvertrag in der Regel an Zweierlei geknüpft, nämlich an die Zahlung des Einsatzes von Seiten des Spielers, und an die Auslieferung des Looses von Seiten des Collecteurs, so daß in der Regel erst, wenn beides geschehen, der Spielvertrag als abgeschlossen erscheint. Diesem in den Verhältnissen des Spieles gegründeten, und auch bei andern mit Einsätzen verbundenen Würfel- und Gesellschaftsspielen sich findenden Herkommen gemäß ist denn auch das an den Administrator gerichtete GeneralMandat, so wie die von diesem jedem Collecteur gegebene Anweisung aufzufassen; so daß darin die Verpflichtung enthalten ist, auf der einen Seite, nur gegen Empfangnahme des Einsatzes das LotterieLoos auszuhändigen; auf der andern Seite aber auch dem zahlenden Spieler dasselbe nicht vorzuenthalten, sondern sofort und unweigerlich auszuliefern. Die Collecteurs sind aber als solche nie zum Creditiren des Einsatzes verpflichtet, weshalb es auch

Digitized by Google

z. B. in dem Avertissement zum angezogenen Plane der 134. Großh. Meckl. Schwer. Lotterie, sub 5, e heißt:

»Kein Collecteur ist verbunden, Loose auf Credit wegzugeben; vielmehr werden selbige gewarnt, dieß zu thun, weil darauf in Ansehung ihrer Verbindlichkeiten keine Rücksicht genommen werden kann.«

Wenn daher ein Collecteur dennoch creditirt, so thut er solches auf eigne Gefahr, so daß er als Selbstschuldner eintritt, und den Einsatz für den Spieler auslegen muß, wodurch zugleich ein besonderes, auf Mandat oder Negotiorum gestio beruhendes Rechts-verhältniß zwischen dem Collecteur und Spieler begründet wird, und der Collecteur daher nur im eignen Namen auf Zahlung des Einsatzes für das empfangene Loos klagt. Nur wer beim Empfange des Looses sofort den Einsatz zahlt, oder vom Collecteur Credit erhalten hat, kann demnach (abgesehen von den Fällen der Cession) als rechtmäßiger Inhaber des Looses, oder, was gleich ist, als SpielInteressent angesehen werden. — So wie ausnahmsweise, jedoch auf sein eignes Risico, der Collecteur den Einsatz creditiren kann, so kann er auch ausnahmsweise Namens des Spielers das Loos bis zur Ziehung in Händen behalten; allein auch dieses nicht als Collecteur, sondern in Folge besonderer obligatorischer Verhältnisse zwischen ihm und dem Spieler; so daß der Spieler nach den Regeln des Constitutum possessorium die eigentliche Possessio des Looses, (und damit das Eigenthum desselben) durch ihn erworben haben muß. Dieß ist z. B. der Fall, wenn der Spieler nach Bezahlung des Einsatzes, oder Entgegennahme der CreditErtheilung den Collecteur ersucht, das Loos ihm aufzuheben; in welchem Falle der Collecteur verpflichtet ist, als Depositar des Spielers das fragliche Loos abgesondert Namens desselben aufzubewahren, und es dereinst nur an ihn abzuliefern, oder, als dessen Mandatar oder Negotiorum gestor nur zu dessen Gunsten geltend zu machen. — Ein solcher Auftrag von Seiten des Spielers ist aber um so

Digitized by Google

weniger zu vermuthen, als derselbe für den Spieler nach dem oben Gesagten nicht ohne große Gefahr ist, indem der Collecteur durch den Besitz des Looses sich bei der LotterieDirection als Spieler legitimirt und an sich berechtigt ist, den gefallenen Gewinn für sich selber einzuziehen; so daß der Dritte, welcher von demselben Collecteur als Spieler der fraglichen Nummer aufgenommen zu sein behauptet, und sich als den alleinigen rechtmäßigen Inhaber des Looses geltend machen will, nicht bloß die Zahlung des Einsatzes oder Entgegennahme der CreditBewilligung, sondern auch die Deponirung des Looses bei dem Collecteur darthun muß. Allein auch auf Seiten des Collecteurs ist eine derartige Nebenverabredung nicht zu vermuthen, da daraus für ihn die bedeutende Gefahr erwächst, daß in dem gewöhnlichen Falle des nicht erfolgenden Gewinnes der Spieler aus dem Umstande, daß das Loos in den Händen des Collecteurs geblieben ist, leicht Veranlassung nimmt, zu behaupten, daß der Spielvertrag überhaupt nicht zu Stande gekommen, und er daher nicht schuldig sey, den angeblich creditirten Einsatz zu bezahlen; weshalb auch vorsichtige Collecteurs sich darauf entweder gar nicht, oder nur in seltenen Fällen bei anerkannt streng rechtlich gesinnten Spielern einlassen. — Aus allem Dem erhellt, wie wenig leere Vermuthungen hier die Stelle des strengen Beweises einnehmen dürfen, und wie nothwendig es ist, daß der Spieler, der sein Loos in den Händen des Collecteurs gelassen haben will, beweisen muß, daß der Collecteur das Loos nur in seinem Namen und Auftrage besitze. —

Wie sehr übrigens die im Spielvertrage mitbegriffene, und aus dem LotteriePlane zu ersehende Einrichtung der Lotterie als eines besondern Spieles oder Lusus alles Einzelne bedingt und näher bestimmt, und wie wenig daher der Gesichtspunkt einer bloßen Emtio venditio spei genügt, um alles dieses zu erklären, erhellt insbesondere auch aus der KlassenEinrichtung, so wie daraus, daß derjenige, welcher in Einer Klasse bereits gespielt hat, als Spieler und Lotterie-

Digitized by Google

Interessent die Befugniß hat, zu verlangen, daß ihm dieselbe Nummer auch in den folgenden Klassen gelassen werde; wie es denn auch in dem angezogenem Plane zur 134sten Lotterie sub 5a, ausdrücklich heißt:

> »Der Besitz einer Loosnummer in den ersten Klassen der Lotterie giebt dem rechtmäßigen Inhaber ein Recht auf die nämliche Nummer in den folgenden Klassen.« —

Es soll jedoch die KlassenEinrichtung zugleich den Vortheil gewähren, daß man nicht an dem ganzen Spiele Antheil zu nehmen braucht, sondern nach jeder gespielten Klasse wieder austreten kann, obwohl man durch das Institut der Freiloose für die folgende Klasse und selbst für die folgende Lotterie, darauf Bedacht genommen hat, einen einmal für das Spiel gewonnenen Spieler möglichst festzuhalten. Diese doppelte Befugniß eines Spielers, auf der einen Seite: die einmal gespielte Nummer auch in den folgenden Klassen derselben Lotterie fortzuspielen, auf der andern Seite aber: nach Gefallen nach jeder durchgespielten Klasse aus der Lotterie wieder herauszutreten und somit das ganze Loos oder den gespielten Theil desselben dem Collecteur wieder zur Disposition zu stellen, macht nähere Bestimmungen über die Erklärung des Spielers und über das Verfahren der Collecteurs nothwendig. Ganz aus der Natur des Verhältnisses sind die Bestimmungen genommen, welche sich in dieser Beziehung für Mecklenburg zuerst in der landesh. V.O. vom 16. Nov. 1831 (Off. Wb. v. 1831, St. 50.) als Erläuterung zum Plan der 126sten Großh. Meckl. Schwer. Lotterie, und seitdem auch in den Avertissements zu den Plänen der nachfolgenden, namentlich der jetzt in Frage stehenden 134sten Lotterie finden. Hier heißt es in Betreff des Rechtes auf die nämliche Nummer in den folgenden Klassen (sub 5):

b. »Dieses Recht muß der Inhaber vor dem Tage geltend machen, der sowohl auf den LotterieLoosen, als unter den Ziehungslisten für die Erneuerung der Loose vorgeschrieben ist. Wer diese Zeit verabsäumt, hat

Digitized by Google

sich den unfehlbaren Verlust seines Rechtes auf ein AppellLoos selbst zuzuschreiben.«

c. »Hat jedoch zu den frühern Klassen der Collecteur die Loose dem Spieler gebracht oder eingesandt, so ist dieser berechtigt, auch zu den folgenden Klassen die Präsentation des Looses zu erwarten, und er salvirt sein Recht auf das Loos auch nach verflossenem ErneuerungsTermin, wenn er die LotterieDirection nur mittelst einer, vor der Ziehung bei ihr eingehenden Anzeige von der Versäumniß des Collecteurs benachrichtigt. Die Unterlassung, oder Verspätung dieser Anzeige hat den Verlust seines Rechtes zur Folge.«

b. »Eben dieser Verlust tritt ein, wenn der Collecteur dem Spieler das Loos vor dem ErneuerungsTermine präsentirt, der Spieler aber bis dahin sich nicht über das Weiterspielen erklärt hat.«

c. »Das stillschweigende Behalten eines gebrachten oder eingesandten AppellLooses gilt für dessen Annahme, die Verweigerung der vom Collecteur verlangten Zahlung für Zurückweisung und die Auslieferung des Looses von Seiten des Collecteurs, ungeachtet der Zahlungsverweigerung, für CreditGaben, doch nur immer für die eine Klasse.«

Insbesondere aus der Vorschrift, daß der Collecteur, welcher die Loose dem Spieler zu den frühern Klassen gebracht oder eingesandt habe, ihm auch das Loos zu den folgenden Klassen präsentiren müsse, erhellt, wie sehr der Collecteur der LotterieAnstalt als solcher angehört und in ihrem und der Spieler Interesse handeln muß, und wie wenig er als bloßer Vertröddler der Loose, als einer freien Waare, angesehen werden kann.

Wenden wir uns nun nach diesen Betrachtungen über das LotterieGeschäft überhaupt zur Beurtheilung des vorliegenden Falles, so kann es zunächst, wie auch die Sententia I. Inst. anerkannt hat, keinem Zweifel unterliegen, daß Klägerin nach

Digitized by Google

den für das LotterieSpiel geltenden allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen mit ihrem Anspruche auf den vom Beklagten erhobenen Gewinn allerdings an sich, d. i. wenn nicht besondere Ausnahmen von diesem Grundsatze sich rechtfertigen lassen, zurückgewiesen werden müsse. Denn wenn sie auch die in der sechsten Klasse der 134sten Lotterie mit einem Gewinn und der Prämie herausgekommene Nummer zu einem Viertel in den fünf ersten Klassen dieser Lotterie spielte, und ihr daraus ein Recht erwuchs, dieselbe Nummer zu einem Viertel auch in der sechsten Klasse dieser Lotterie zu spielen; so hat sie doch dieses Recht nicht innerhalb der vorgeschriebenen Zeit geltend gemacht; so wie sie auch, selbst wenn es nicht zu erweisen wäre, daß Beklagter, in dessen Collectur Klägerin gespielt, das Appell-Loos zur sechsten Klasse ihr präsentirt hätte, die vorgeschriebene Anzeige bei der Großh. LotterieDirection vor der Ziehung unterlassen, und, falls die geschehne Präsentation bewiesen wäre, die Erklärung über das Weiterspielen vor dem Erneuerungstermine versäumt hat; so daß sie in allen diesen Fällen ihr Recht verloren und der im Besitz des nicht remittirbaren ViertelLooses gebliebene Beklagte, welcher das Loos in der sechsten Klasse nunmehr auf eigne Gefahr spielte, auch den darauf gefallenen Gewinn mit Recht für sich in Anspruch genommen hat, gemäß der bekannten natürlichen Rechtsregel, daß wer das Damnum trägt, auch das Lucrum genießen soll.

Schwieriger ist nun aber die Frage, ob zwischen dem Beklagten und der Klägerin solche besondere Rechtsverhandlungen vorgekommen sind, welche dennoch einen Anspruch der Klägerin auf den gefallenen Gewinn zu begründen vermöchten? Zu dem Ende müßte nach Obigem von ihr behauptet und nachgewiesen worden seyn, daß ihr vom Beklagten nicht nur Credit bewilligt, sondern auch das Loos ausgehändigt, oder durch ein Constitutum possessorium in ihren juristischen Besitz übertragen worden sey, so daß Beklagter nur als ihr Stellvertreter und als bloßer Depositar das Loos noch in Händen behalten habe. —

Digitized by Google

Was den ersten Punkt betrifft, so behauptet Klägerin, daß Beklagter ihr auch hinsichtlich des AppellLooses zur sechsten Klasse der 134sten Lotterie allerdings Credit bewilligt habe. Solches kann sie nun aber allein aus dem Umstande, daß sie die fünf ersten Klassen auf Credit gespielt hat, noch nicht ableiten, da nach der ausdrücklichen Bestimmung des Lotterie-Planes sub 5, c, aus der Auslieferung des Looses immer nur die Ertheilung des Credits für Eine Klasse gefolgert werden soll; was auch die Natur des Verhältnisses mit sich bringt, da das Spiel in den verschiedenen Klassen nicht wesentlich zusammenhängt. Es ist daher ein besonderer Beweis des ertheilten und angenommenen Credits von Seiten der Klägerin erforderlich. Nun hat aber Klägerin nicht behauptet, daß Beklagter ihr ausdrücklich für diese sechste Klasse der 134sten Lotterie Credit bewilligt habe, sondern nur, daß sie seit mehreren Jahren mit ihm in Handelsverbindungen gestanden, gleichzeitig eine Nummer in seiner Collectur gespielt und in beiden Beziehungen bei der Lieferung der rohen Felle an den Beklagten oder am Jahresschluß mit ihm liquidirt habe, wobei denn der schuldig gebliebene Einsatz und der etwaige Gewinn in Rechnung gekommen sey. — Es frägt sich nun, ob, die factische Richtigkeit dieser Angaben angenommen, Beklagter als Collecteur auf solche Weise Credit geben kann, und ob aus dem Angeführten auch auf die CreditErtheilung für das Loos zur sechsten Klasse der 134sten Lotterie zu schließen ist? Wenn das Creditiren von Seiten des Collecteurs an und für sich rechtlich möglich ist, so ist natürlich auch die Art und Weise der CreditErtheilung ihm anheim gegeben, und der Collecteur erscheint befugt, nicht nur für das Loos zu einer einzelnen Klasse, sondern auch im Voraus für die Loose Einer Nummer zu allen Klassen Einer Lotterie Credit zu ertheilen; so wie solches auch sowohl mit ausdrücklichen Worten, als stillschweigend namentlich dadurch geschehen kann, daß sich zwischen ihm und dem Mitspieler bereits eine Observanz gebildet hat, wornach die Liquidation über die Einsätze zu den ver-

Digitized by Google

schiedenen Klassen einer Lotterie erst bei Gelegenheit anderweitiger Abrechnung oder am Jahresschluß geschieht. Die Erfahrung beweist auch, wie es nicht selten vorkommt, daß jemand in einer Collectur eine bestimmte Nummer durch alle Klassen einer Lotterie spielt, und sich erst am Schlusse mit dem Collecteur berechnet, welcher daher für ihn den Einsatz zu den einzelnen Klassen ausgelegt und bestritten hat, und aus dieser Geschäftsführung nunmehr seine Ansprüche geltend macht. Da die Observanz in der Regel die Stelle des ausdrücklichen Uebereinkommens vertritt, so kann auch ein solches Verhältniß rechtlich sowohl durch Observanz, als durch Vertrag begründet werden, nur daß es freilich hinsichtlich der Beweisführung ein großer Unterschied ist, ob sich jemand auf eine ausdrückliche Verabredung, oder auf Observanz beruft. Soll aber eine solche Observanz die Bedeutung einer wahren Rechtsgewohnheit haben, und verbindend seyn, so muß nachgewiesen werden, nicht bloß, daß man es seit geraumer Zeit so gehalten habe, sondern auch, daß dabei die Rechtsansicht obgewaltet, daß Beklagter nicht vor der Liquidation den Einsatz fordern dürfe, und Klägerin mit der Entgegennahme des Looses rechtmäßige Inhaberin desselben geworden sey.

Während nun Klägerin in ihrer Klage nur anführt: »daß »sie mehrere Jahre bei dem Beklagten diese Lotterie ge»spielt und durch Abrechnung der Loose Zusatz bezahlt »habe, ohne jedes einzelne Loos zu entrichten;« so beruft sie sich in ihrer Replik auf eine getroffene Vereinbarung, welche von ihrer Seite seither treulich befolgt worden sey. Da bekanntlich, wenn in der Klage eine bestimmte Causa angegeben ist, statt ihrer in der Replik ohne eine verwerfliche Mutatio libelli nicht eine andere Causa angegeben werden darf; so hat Großh. LotterieDirection mit Recht den zuletzt von der Klägerin behaupteten Vertrag nicht zum Beweise verstellt, sondern die zuerst von Klägerin behauptete Observanz, indem sie beweisen soll, daß seit geraumer Zeit das angegebene Verhältniß zwischen ihr und dem Beklagten bestanden habe.

Digitized by Google

Die Ausführungen der Replik sind mit Recht nur in so weit berücksichtigt, als aus ihnen zur Erläuterung der ersten Anführungen der Klägerin die Ansicht derselben entnommen worden ist, daß jenes angeführte Verhältniß nicht bloß factisch und zufällig, sondern mit rechtlicher Nothwendigkeit, wie sie durch Observanz oder Vertrag begründet wird, schließlich wenigstens bestanden habe. — Wenn Beklagter um eine Declaration darüber gebeten hat, welcher Zeitraum unter »geraumer Zeit« zu verstehen sey; so ist er mit diesem DeclarationsGesuche mit Recht insofern abgewiesen, als bei Observanzen, so wie bei Gewohnheiten überhaupt nie im Voraus von einem bestimmten Zeitraum die Rede seyn kann, sondern es lediglich dem richterlichen Ermessen anheimgestellt bleiben muß, ob innerhalb der nachgewiesenen Zeit bereits eine, die freie Willkühr für die Zukunft aufhebende bindende Norm, durch Gewohnheit gebildet, dargethan worden sey. Wenn Beklagter ferner angefragt hat, »ob das in Sententia gebrauchte Wort: Verhältniß, eine bestimmte und ausdrückliche Vereinbarung bedeuten solle, oder auch auf eine bloße Handlungsweise ohne ausdrückliche Vereinbarung zu beziehen sey;« so erscheint allerdings auch hier eine Declaration insofern als überflüssig, als sich von selbst ergibt, daß, indem Großh. LotterieDirection jenes angeblich seit mehreren Jahren zwischen der Klägerin und dem Beklagten bestandene Verhältniß zum Beweise verstellte, dieses nur zu dem Ende geschehen konnte, um Klägerin den Beweis einer behaupteten Observanz aufzulegen, so daß also, wenn auch nicht »eine bestimmte und ausdrückliche«, so doch eine stillschweigende Vereinbarung nachgewiesen werden muß, wie diese das Wesen jeder Observanz bildet. Hätte daher auch das BeweisThema zweckmäßiger wohl in der Art gefaßt werden können, daß beide Theile daraus sogleich erkannt hätten, daß es sich um den Beweis einer Observanz handele, so müssen doch auch bei der jetzigen Fassung Klägerin wie Beklagter bei einigem Nachdenken von selbst finden, daß der Beweis einer Observanz gefordert werde,

Digitized by Google

und der Richter bei der demnächstigen Würdigung des erbrachten oder nicht erbrachten Beweises hierauf sein Augenmerk richten werde, indem widrigenfalls die ganze Beweisauflage ohne Sinn und Bedeutung wäre. — Demgemäß würde es sich einst, wenn es zur Beweisführung käme, fragen, ob Klägerin so viel bewiesen habe, daß Beklagter durch die, geraume Zeit hindurch gleichmäßig beobachtete Weise in Betreff der Abrechnung zwischen ihm und der Klägerin sich auch für die Zukunft und namentlich für das Loos zur sechsten Klasse der 134sten Lotterie stillschweigend verpflichtet habe, der Klägerin Credit zu bewilligen und den Einsatz erst bei der demnächstigen Fellieferung von Seiten der Klägerin in Gegenrechnung zu bringen. —

Es gehört nun aber nach dem oben Ausgeführten zur Perfection des Spielvertrages, welchen der Collecteur Namens des Spielunternehmers mit dem Spieler abschließt, wesentlich auch die Auslieferung des Looses von Seiten des Collecteurs, welche jedoch ausnahmsweise auch durch ein bloßes Constitutum possessorium geschehen kann, wenn nämlich der Collecteur das Loos Namens des Spielers als Depositar desselben und auf dessen Gefahr und Rechnung aufbewahrt, so daß die eigentliche Possessio doch auf den Spieler übergegangen ist; nur daß wegen der eigenthümlichen hiermit für beide Theile verknüpften Gefahren ein solches Verhältniß nicht zu präsumiren ist, sondern vollkommen erwiesen werden muß. — Es frägt sich daher zunächst, ob Klägerin auch nur behauptet habe, daß kraft einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Vereinbarung Beklagter die Loose zu den verschiedenen Klassen einer Lotterie, insbesondere das Loos zur sechsten Klasse der 134sten Lotterie Namens ihrer bei sich aufbewahren solle? Dabei versteht es sich von selbst, daß in der etwaigen ausdrücklichen oder stillschweigenden Vereinbarung hinsichtlich der CreditErtheilung und der später zuzulegenden Liquidation in Betreff des schuldig gebliebenen Einsatzes jene Vereinbarung über die Aufbewahrung der Loose noch keineswegs von selbst mit enthalten

Digitized by Google

sey; da sehr füglich ein Spieler sich vom Collecteur Credit erbitten kann, ohne darum auch das Loos in seinen Händen lassen zu wollen; so wie auch der Collecteur wohl einem Spieler Credit bewilligen kann, ohne darum sich mit dem fremden Loose befassen, und sich der Gefahr aussetzen zu wollen, daß der Spieler, da er weder Geld bezahlt, noch das Loos empfangen habe, den Abschluß des Spielvertrages abläugne, und die Berichtigung des Spielgeldes verweigere; aus welchen Gründen demnach hier eine besondere ausdrückliche oder stillschweigende Uebereinkunft in Betreff der Aufbewahrung der Loose von Seiten des Beklagten nachgewiesen werden muß. — Eine ausdrückliche Vereinbarung dieserhalb hat Klägerin in ihrer Klage nicht behauptet. Auch in der Replik bezieht sie die angeblich zwischen ihnen getroffene Verabredung ausdrücklich nur auf die CreditErtheilung, so daß Klägerin selbst dort anführt, daß Beklagter sich demnach verbindlich gemacht habe, »ihr den LotterieEinsatz auf Liquidation gegen ihr Guthaben bei ihm durchweg für alle Klassen zu creditiren.« Von der ausdrücklich vom Beklagten übernommenen Verpflichtung, auch die Loose ihr aufzubewahren, redet Klägerin aber mit keinem Worte. Allein auch eine durch Observanz begründete stillschweigende Uebereinkunft dieser Art ist von Klägerin nicht behauptet worden. Vielmehr widerstreiten ihre eignen Anführungen einer solchen Annahme aufs Entschiedenste. Zur Begründung einer Observanz würde bekanntlich gehören, daß nicht bloß dann und wann Beklagter ein Loos Namens der Klägerin und mit ihrer Zustimmung bei sich aufbewahrt habe, sondern daß solches geraume Zeit hindurch stets und ununterbrochen geschehen sey, indem nur alsdann aus der öftern Wiederholung die stillschweigende Uebereinkunft abgenommen werden könnte, daß es auch in Zukunft so gehalten werden solle. Nun sagt aber Klägerin selbst in ihrer Klagschrift: »Demgemäß er mir auch die Loose der 5 ersten Klassen nach und nach frei selbst gebracht;« räumt also damit ein, daß, der bestehenden Einrichtung hin-

sichtlich der Berechnung über den Einsatz ungeachtet, die Spielverträge über die 5 ersten Klassen der 134sten Lotterie erst durch Ueberlieferung der Loose an sie perfect geworden seyen. Hat Klägerin nun freilich nicht auch hinzugefügt, daß Beklagter ihr die Loose stets zur rechten Zeit, und nicht etwa erst nach der Ziehung in den verschiedenen Klassen gebracht, so versteht sich doch dieses, so lange das Gegentheil nicht erwiesen ist, von selbst; da die Rechtsvermuthung bekanntlich für die Legalität der Handlungen streitet; auch ein späteres Bringen der Loose, nach den stattgefundenen Ziehungen zwecklos seyn würde. Bei dieser Lage der Sache durfte eine Observanz der gedachten Art demnach offenbar in keiner Hinsicht zum Beweise verstellt werden. —

Es soll nun aber nach der Sententia a qua Klägerin beweisen:

»daß zwischen ihr und dem Beklagten seit geraumer Zeit das Verhältniß bestanden, daß erst bei ihrer Berechnung über die Fellieferungen über die LotterieEinsätze und etwaigen Gewinne Liquidation zugelegt sey, ohne Rücksicht darauf, ob Beklagter ihr jedesmal die Loose ausgehändigt gehabt, oder nicht.«

Es soll demnach Klägerin darthun, daß sie sich auch in den Fällen nicht geweigert habe, die Loose sich in Gegenrechnung bringen zu lassen, wo sie dieselben nicht empfangen, sondern dem Gegner in Händen gelassen habe. Allein diesem widerstreitet zunächst der Umstand, daß die Klägerin nirgends behauptet, dem Beklagten die Aufbewahrung der Loose aufgetragen zu haben; vielmehr führt sie an, daß Beklagter ihr die Loose zu den 5 ersten Klassen nach und nach gebracht habe. Nur hinsichtlich des Looses zur 6ten Klasse trägt sie vor, daß Beklagter ihr in der Art Bescheid gegeben habe, daß er 3 Wochen vor Weihnachten kommen wolle, um das vorräthige Leder abzuholen, und daß er bis dahin das Loos der sechsten Klasse in Besitz behalten, dann aber zugleich gegenseitige Abrechnung machen werde. Da nun nach

Digitized by Google

dem Plan zur 134sten Lotterie für die sechste Klasse am 12ten December 1836 die Ziehung statt finden sollte, so hatte Beklagter nach der eignen Angabe der Klägerin verheißen, vor dem Ziehungstage zu kommen, und sowohl durch Abrechnung den Einsatz für die sechste Klasse entgegenzunehmen, als auch den Besitz des Looses der Klägerin zu übergeben; also überhaupt auf ordnungsmäßige Weise den Spielvertrag in Betreff der sechsten Klasse mit ihr zu vollziehen. Demnach widerstreiten selbst die Anführungen der Klägerin über das Loos zur sechsten Klasse der 134sten Lotterie der Annahme, daß ohne Rücksicht darauf, ob Beklagter die Loose ausgehändigt habe, oder nicht, Liquidation zugelegt worden sey. Auch würden selbst dann, wenn früher dergleichen stattgefunden, durch die von dem Beklagten nach der eignen Angabe der Klägerin gemachten Erklärungen in Betreff des fraglichen Looses zur sechsten Klasse die frühern Vorkommenheiten alle Bedeutung verloren haben. — Nur die Frage hätte entstehen können, ob der Klägerin der Beweis freizulassen sey, daß Beklagter ihr zwar versprochen, ihr vor dem Ziehungstage das fragliche Loos gegen Berechnung des Einsatzes zu überliefern, dieses Versprechen aber nicht gehalten habe. — Allein falls Klägerin auch einen solchen Beweis zu erbringen im Stande wäre, so würde sie doch dadurch noch keineswegs ihren Anspruch auf den auf das fragliche Loos gefallenen Gewinn dargethan haben; da dieser Anspruch erst aus dem wirklichen Abschluß des Spielvertrages und aus dem demgemäß erlangten rechtmäßigen Besitz des Looses hervorgehen würde. Zu einem derartigen Abschluß ist es aber nach der eignen Angabe der Klägerin nicht gekommen. Hätte dieses nun auch der Beklagte wirklich verschuldet, so wäre er dadurch der Klägerin persönlich zur Schadloshaltung verpflichtet. Der von ihr geltend zu machende Schade würde aber nach dem Werthe zu berechnen seyn, den das Loos vor der Ziehung gehabt hätte, indem damals Niemand voraussehen konnte, daß auf dieses Loos der größte Gewinn fallen würde, und das fragliche Loos zur Zeit, wie Beklagter

Digitized by Google

angeblich seine Pflicht verabsäumte, keinen höhern Werth hatte, als jedes andere Loos zur sechsten Klasse der 134sten Lotterie. Demnach hätte ein Schadensanspruch nur dann erhoben werden können, wenn erweislich zu jener Zeit vor der Ziehung in der sechsten Klasse die Loose zu derselben einen höhern Handelswerth gehabt hätten, als der Einsatz betrüge, welches aber von der Klägerin weder behauptet worden, noch an und für sich auch nur irgend wahrscheinlich ist. Deshalb ist denn auch mit Recht auf die gedachten Anführungen der Klägerin kein Gewicht in der Art gelegt, daß dieselben zum Beweise verstellt worden wären.

Solchemnach kann es nun keinem gerechten Zweifel unterliegen, daß die Beweisauflage in der Sententia a qua sich nicht rechtfertigen läßt, Klägerin vielmehr mit ihrer Klage auf Auslieferung des Gewinnes pure hätte abgewiesen werden müssen, da sie nicht nur die im Avertissement zum Plan der 134sten Lotterie vorgeschriebenen Handlungen zur Sicherstellung ihres Anspruches auf das fragliche Loos verabsäumt und dadurch ihr planmäßiges Recht verwirkt, sondern auch nicht einmal behauptet hat, daß sie in Folge des ihr auch für das gedachte Loos zur sechsten Klasse vom Beklagten zugestandenen Credits und das ihr unmittelbar oder mittelbar durch Aufbewahrung des Looses von Seiten des Klägers in ihrem Namen erworbenen Besitzes desselben, für die sechste Klasse der 134sten Lotterie den Spielvertrag wirklich abgeschlossen habe, und SpielInteressentin geworden sey. —

Wenn sich nun aus der richtigen Würdigung des Lotterie-Spieles und der zwischen den Collecteurs und den Spielern vorkommenden Rechtsgeschäfte für den vorliegenden Fall das ebengedachte Resultat unzweifelhaft ergibt, so wollen wir zum Ueberflusse einige Augenblicke noch bei der Frage verweilen, ob, wenn Klägerin das Loos nicht von einem Collecteur, sondern von einem dritten Spieler erworben zu haben behauptete, oder wenn jene Theorie, wornach auch das Geschäft zwischen dem Collecteur und Spieler nur als Emtio venditio

Digitized by Google

spei zu betrachten, als richtig vorausgesetzt würde, das abgegebene Erkenntniß sich rechtfertigen würde? —

Handelte es sich hier wirklich um eine Emtio venditio spei in der Art, daß an den Eigenthumserwerb des Looses die Hoffnung des Gewinnes wesentlich geknüpft wäre, so würde ja zum Eigenthumserwerb von Seiten des Käufers gleichfalls gehören, nicht bloß CreditErtheilung, sondern zugleich und vor allem Besitzübergabe; mag diese nun durch factische Ueberlieferung des NaturalBesitzes oder durch ein Consitutum possessorium geschehen, d. i. dadurch, daß der Collecteur oder seitherige Inhaber des Looses nunmehr als Stellvertreter des Spielers Namens dessen den Besitz ausübt; wozu aber schon nach der bekannten Regel: »Nemo sibi ipsi causam possessionis mutare potest;« ein Rechtsgeschäft hinzukommen muß, welches sowohl für den Spieler den Animus sibi possidendi, als für den Collecteur den Entschluß, nur Namens des Spielers fortan besitzen zu wollen, zu begründen vermag. Da ein MiethContract, oder ein Commodat u. dgl. hier nicht wohl, wie bei dem Verkauf anderweitiger Gegenstände, vorkommen kann; so würde nur ein Depositum ein Constitutum possessorium zu begründen vermögen. Es müßte demnach, auch von diesem Standpunkt aus die Sache betrachtet, erwiesen vorliegen, daß Beklagter in Folge eines Aufbewahrungsvertrages, seines Animus dominii transferendi ungeachtet, im NaturalBesitze des Looses geblieben sey und Klägerin auf den in ihrem Namen vom Bekl. ausgeübten Besitz ihren Animus sibi possidendi, so wie den Animus dominii acquirendi gegründet habe. Der Umstand aber, daß sie das fragliche ViertelLoos zur sechsten Klasse der 134sten Lotterie dem Beklagten nicht abgefordert, sondern dasselbe in seinen Händen gelassen hat, kann an und für sich nicht einen solchen Aufbewahrungsvertrag darthun; es sey denn, daß erweislich früher ausdrücklich oder stillschweigend die Uebereinkunft zwischen ihnen getroffen worden sey, daß Beklagter ein Loos für jede Klasse für sie nicht

nur reserviren, sondern auch als ihr Stellvertreter in ihrem Namen bis zur gelegentlichen Abgabe, oder bis zur Ziehung aufbewahren solle. So wie nun aber eine ausdrückliche Uebereinkunft dieser Art von Klägerin nicht behauptet worden ist, so auch nicht — wie schon oben nachgewiesen — eine durch Observanz begründete stillschweigende, indem die eignen Angaben der Klägerin Diesem widersprechen. — Darnach würde, selbst wenn der Gesichtspunkt einer Emtio venditio spei hier zum Grunde gelegt würde, der auferlegte Beweis sich nicht rechtfertigen lassen, und Beklagter mit Recht die reine Abweisung der gegnerischen Klage verlangen dürfen.

Bei dieser Lage der Sache erscheint es auch als völlig überflüssig, auf den dem Beklagten nachgelassenen Gegenbeweis weiter einzugehen, obwohl sich nicht einsehen läßt, wie namentlich durch den ersten Satz des GegenbeweisThemas das aus der etwaigen Beweisführung der Klägerin ihr erwachsene Recht wiederum hätte aufgehoben werden können. Denn wäre wirklich das Recht der Klägerin auf das Loos durch die bloße CreditBewilligung von Seiten des Beklagten begründet worden, so hätte ihr dieses Recht vom Beklagten dadurch allein nicht wieder entzogen werden können, daß er das ihr schon ohnehin gehörende Loos im Hause der Klägerin präsentiren und bei der Abwesenheit derselben ihr sagen ließ, daß sie sich des Looses wegen weiter melden könne. —

Aus dem Ausgeführten erhellt, daß die wider die Bestimmungen des fragl. Erkenntnisses hinsichtlich der angestellten Klage von Seiten des Bekl. erhobenen Beschwerden völlig gegründet sind, und er eine reine Abweisung der Klägerin mit Verurtheilung derselben in die ProceßKosten mit Recht von der Gerechtigkeit hoher Großh. Landesregierung erwarten darf. —

II.

Es bleibt uns jetzt nur noch übrig die Bestimmungen der Sententia a qua hinsichtlich der Widerklage einer Prüfung zu unterwerfen.

Digitized by Google

Die uns vorgelegte Urkunde vom 23. Dec. 1836 bezeichnet gleich zu Anfang das zwischen dem Beklagten und der Klägerin am gedachten Tage abgeschlossene Rechtsgeschäft als einen Vergleich. Dagegen heißt es aber im §. 2., daß Beklagter der Klägerin gegen Verzicht auf alle weitern erdenklichen Ansprüche von Seiten derselben ein Geschenk von 700 Reichsthalern mache, über deren Empfang die Klägerin laut des §. 3 durch Unterkreuzung der Urkunde quitirt hat. Hiermit stimmt überein, daß Klägerin nach ihrer eignen Anführung in der Klagschrift die 700 Rthl. nur als Geschenk erhalten haben will; so wie sie hier auch selbst einräumt, die gedachte Urkunde unterkreuzt zu haben.

Es frägt sich nun, ob jene 700 Rthl. wirklich als geschenkt anzusehen sind und demgemäß die Grundsätze über den Widerruf einer Schenkung wegen Undankbarkeit hierauf anwendbar sind, oder ob, der gemachten Bezeichnung einer Schenkung ungeachtet, nur ein die Widerrufsbefugniß ausschließender Transact vorliegt?

So wichtig auch der Name ist, insofern daraus zunächst die Absicht der Partheien zu entnehmen, so hat derselbe doch keine selbstständige Geltung, sobald eine dem gebrauchten Namen entgegenstehende Absicht aus andern Umständen unzweifelhaft hervorgeht. Daß nun aber die Partheien einen Vergleich beabsichtigten, sagen nicht nur die Einleitungsworte ausdrücklich; sondern geht auch aus dem ganzen Inhalte der Urkunde hervor, indem nur gegen Aufgebung aller erdenklichen Ansprüche der Klägerin ihr die 700 Rthl. zugesichert werden. Zwar könnte ein Zweifel gegen das Daseyn eines Vergleiches aus dem Umstande entnommen werden, daß, wie oben gezeigt worden, Klägerin keine begründeten Ansprüche auf den gefallenen Gewinn hatte, und ihr demnach ein wirkliches Recht nicht zur Seite stand. Allein der Vergleich setzt bekanntlich nicht ein wirkliches Recht auf Seiten beider Transigenten voraus, indem sonst, da dieses stets nur Einem Theile zustehen kann, niemals ein Vergleich entstehen könnte;

sondern er verlangt nur eine Res dubia, nur einen Schein des Rechts und daraus bereits erhobene oder möglicher Weise zu erhebende Ansprüche. Daß aber ein solcher Schein eines Rechtes für die Klägerin sprach, räumt Beklagter selbst in der fragl. Urkunde ein, indem für die Klägerin angeführt wird, daß sie das gedachte Loos in den fünf ersten Klassen gespielt habe. Auch spricht dafür der Umstand, daß sie wenigstens in dem ersten Erkenntnisse nicht sofort pure mit ihrer Klage abgewiesen worden ist. Demnach liegen in dieser Beziehung alle Erfordernisse eines Vergleiches vor. —

Es frägt sich nun aber, ob die anscheinend entgegenstehenden Bezeichnungen eines Vergleiches und einer Schenkung nicht insofern mit einander in Uebereinstimmung gebracht werden können, daß zur Herbeiführung eines Vergleiches und daher zur Vermeidung eines zu befürchtenden Streites der Eine sich zu einer Schenkung gegen den Andern entschließt, und dieser die Schenkung als solche annimmt. Offenbar wird eben dadurch so oft ein Vergleich vereitelt, daß der Eine etwas als sein gutes Recht in Anspruch nimmt, was der Andere ihm nur als Schenkung zugestehen will, um auf keine Weise durch Anerkennung eines gegnerischen RechtsAnspruches seinem behaupteten Rechte etwas zu vergeben. Sollte nun, frägt sich, nicht auch in der Weise ein Vergleich zu Stande kommen, d. i. der Streit vermieden werden können, daß der Eine sich entschlösse, die ihm zur Entfernung seiner Ansprüche offerirte Summe als ein Geschenk anzunehmen? Offenbar ergibt sich bei näherer Erwägung, daß rechtlich einer solchen Auskunft und Vereinbarung nichts im Wege steht. Wer eine Schenkung als solche annimmt, bezeugt damit, daß ihm eine Liberalität erwiesen werde. Würde nun der Vergleich auf Seiten des Transigenten ein wirkliches Recht voraussetzen, dann würde freilich die Annahme einer Schenkung als solcher damit in Widerspruch stehen, da man nicht zugleich etwas als Debitum und Non-debitum annehmen kann. Allein, der Transact verlangt ja nur eine Res dubia und Lis incerta.

Digitized by Google

Wo namentlich dem Einen Transigenten selber sein Recht höchst ungewiß und zweifelhaft erscheint, da kann er auch um so eher, selbst seiner Ehre unbeschadet, sich zur Beendigung alles Streites bereit erklären, das ihm Dargebotene nur als Ausfluß der Liberalität, als Geschenk anzunehmen. Zwar leistet er auch seiner Seits zugleich etwas, indem er alle etwaigen Ansprüche aufgibt, und das unbedingte Recht des Gegners anerkennt. Allein eben weil es ungewiß ist, in wie weit diese Ansprüche begründet sind, und weil der Gegner sie bestreitet, kann in diesem Aufgeben der Ansprüche nicht eine solche Gegenleistung gesucht werden, welche nothwendig die Liberalität ausschließt, das Wesen der Schenkung aufhebt. Daher kann auch derjenige, welcher aus irgend einem Grunde dem Andern eine Liberalität erweisen will, seiner Schenkung die Auflage hinzufügen, daß jener auf etwaige zweifelhafte Ansprüche gegen ihn unbedingt verzichten solle. Wenn aber auch die Entfernung jener Ansprüche die Causa movens der Schenkung wäre, so hört diese dadurch, daß durch sie die Verzichtleistung bewirkt werden soll, nicht auf eine Donatio sub modo zu seyn; so lange das Recht des Gegners nicht klar erwiesen vorläge und die Größe seines wohlbegründeten Anspruches den Begriff der Liberalität gänzlich aufhöbe. Im vorliegenden Falle tritt dieses aber nicht ein, da, wie gezeigt worden ist, das Recht der Klägerin keineswegs begründet war, und ihr daher um so mehr eine Liberalität in den ihr ausgezahlten 700 Rthl. zu Theil werden konnte.

Die Möglichkeit eines durch Annahme einer Schenkung bewirkten Transactes vorausgesetzt, versteht es sich von selbst, daß, sobald der eine Transigent das ihm gegen Aufgebung seiner angeblichen Ansprüche Offerirte als Schenkung wirklich angenommen hat, er alle mit der Schenkung als solcher verknüpften eigenthümlichen Folgen anerkennen muß. Dahin gehört denn zunächst, daß, wenn diese Schenkung als Donatio sub modo erscheint, er den Modus erfüllen muß, und daher die aufgegebenen Ansprüche nicht wieder er-

Digitized by Google

heben und gegen den Schenker geltend machen darf, indem widrigenfalls dieser von seinem RevocationsRecht wegen nicht erfüllten Modus Gebrauch machen kann; wie denn solches auch aus den klaren Worten Justinian's hervorgeht in der l. 10. C. 8, 56, de revocandis donationibus:

»Generaliter sancimus, omnes donationes lege confectas firmas illibatasque manere, si non donationis acceptor ingratus circa donatorem inveniatur, ita ut — — quasdam conventiones, sive in scriptis donationi impositas, sive sine scriptis habitas, quas donationis acceptor spopondit, minime implere voluerit.«

Da solches nun hier eintritt, und Klägerin gegen ihr Versprechen Ansprüche gegen den Beklagten erhoben hat, so ist er mit Recht befugt, sie des Undankes anzuklagen; weshalb sich schon aus diesem Grunde die auf Rückzahlung der 700 Rthl. gerichtete Widerklage des Beklagten rechtfertigt.

Allein auch noch aus andern Gründen vermag Beklagter, insofern es noch irgend erforderlich erscheinen könnte, den Undank der Klägerin und daher sein RevocationsRecht nachzuweisen, indem sie allerdings einer atrox injuria gegen ihn sich schuldig gemacht, überdieß auch einen nicht unbedeutenden Vermögensverlust ihm zuzufügen versucht hat; welches Beides Justinian bekanntlich ebenfalls zu den gerechten RevocationsGründen zählt, in den Worten:

»ita ut atroces injurias in eum effundat, — vel jacturae molem ex insidiis suis ingerat, quae non levem sensum substantiae donatoris imponat.« (Cfr. l. 10 cit.)

Die atrox injuria von Seiten der Klägerin liegt aber in dem unbegründeten und unerwiesenen Vorwurfe der Erpressung und des Betruges, welchen Vorwurf Klägerin dem Beklagten nicht nur in einem Schreiben vom 24. Dec. 1836, sondern insbesondere auch in ihrer Klagschrift vom 29. Dec. gemacht hat, namentlich in den Worten: »Wie ich mich nun über-

Digitized by Google

haupt wegen dieser Lotterie und Gewinnes hintergangen und betrogen fühle.« — Da Bekl. den auf das Viertel Loos gefallenen Antheil am Gewinne von 41000 Mrk. rechtmäßig erworben hat, und derselbe demnach bereits einen Bestandtheil seines Vermögens bildet, Klägerin aber darauf ausgegangen ist, nach angenommener Schenkung ihn um diesen nicht unbedeutenden Theil seines Vermögens zu bringen, so liegt auch hierin ein gesetzlicher Grund zur Revocation der Schenkung wegen Undankbarkeit.

Aus allem Ausgeführten ergibt sich nun von selbst, daß auch der Theil der Sentenz als unbegründet zu betrachten ist, welcher die Widerklage deshalb verwirft, weil die Acte vom 23. Dec. 1836 nicht als Schenkungsvertrag anzusehen sey. — Vielmehr hätte die Widerklage für gegründet angenommen und Klägerin und Widerbeklagte unter Verurtheilung in die Kosten angehalten werden müssen, die empfangenen 700 Rthl. sofort wieder herauszugeben.

Digitized by Google

IV.

Ueber den Beweis der Zuvielzahlung durch Quitungen.

Vom
CanzleiAdvocaten Dr. Aarons zu Güstrow.

§. 1. Wir verstehen im gewöhnlichen Leben unter Quitung jede schriftliche Erklärung des Gläubigers über die gänzliche oder theilweise Tilgung der Schuldverbindlichkeit. In diesem weiteren Sinn begreift also jener Ausdruck theils die Römische Apocha — das schriftliche Bekenntniß über die wirklich geschehene Leistung des schuldigen Gegenstandes [1]); theils die Römische Acceptilatio nach ihrem, heutiges Tages

1) L. 19. §. 1. D. de acceptil. (46, 4) Inter acceptilationem et apocham hoc interest, quod acceptilatione omnimodo liberatio contingit, licet pecunia soluta non sit, apocha non alias, quam si pecunia soluta sit. — L. 13, 14. C. de solut. (8, 43); L. 2. C. de apoch. publ. (10, 22). Vergl. noch L. 67. §. 2. D. de cond. indeb. (12, 6); L. 27. §. 2. D. de furt. (47, 2); L. 19. C. de fide instrum. (4, 21); L. 14. §. 2. C. de n. n. pec. (4, 30). Dieselbe Bedeutung hatte securitas. cf. L. 35. §. 2. C. de inoff. test. (3, 28), woselbst beide Ausdrücke für gleichbedeutend genommen werden.

Digitized by Google

nur allein noch in Betracht kommenden, materiellen Inhalt, nämlich als Erlassung der Schuldverbindlichkeit überhaupt, möge sie nun in Folge wirklicher Numeration oder ohne selbige in Folge eines andern Rechtsgeschäfts z. B. einer Schenkung, Transacts, Novation, Constitutio dotis u. s. w. geschehen seyn [2]). —

Insofern nun von der Rückforderung einer Zuvielzahlung die Rede ist und insofern — was hier und im Folgenden stets voraus gesetzt wird — der Beweis der Zuvielzahlung bloß aus den producirten Quitungen abgeleitet werden soll, versteht es sich von selbst, theils daß hiezu nur jene eigentliche Empfangs- und nicht bloße Schulderlassungsbekenntnisse dienen können [3]); theils daß darin die Summe des gezahlten Quanti namhaft angegeben seyn müsse, weil sonst eine Vergleichung des Schuldigen und Geleisteten, als deren Resultat sich die Zuvielzahlung ergeben soll, unmöglich wird. —

Ist es in concreto zweifelhaft, ob die producirten Quitungen bloße Schulderlaß- oder wirkliche Empfangsbekenntnisse enthalten; und im letztern Falle, ob sie auf namhafte Quanta zu beziehen sind oder nicht? so muß man, wie ich glaube, zu Gunsten des Ausstellers und gegen den Inhaber der Quitung — welchem als Kläger oder Excipient [4]) der Beweis der Zuvielzahlung als einer selbstständigen Behauptung schon an sich obliegt — interpretiren. Denn theils muß bei einseiti-

2) L. 19. §. 1. D.; L. 13. C. cit. L. 2. D. de transact. (2, 15); L. 43. pr. D. de jure dot. (23, 3); L. 7. §. 1. D. de lib. leg. (43, 3); L. 31. §. 1. D. de nocat. (46, 2); L. 17. D. de donat. (39, 5); L. 15. C. de transact. (2, 4).

3) L. 25. D. de probat. (22, 3) verb. siquidem is, qui accepisse dicitur rem vel pecuniam indebitam, hoc negaverit et ipse qui dedit, legitimis probationibus solutionem approbaverit etc.

4) Z. B. wenn er die angebliche Zuvielzahlung mittelst der Einrede der Compensation geltend machen will.

Digitized by Google

gen Willensäußerungen zunächst die Erklärung des Urhebers berücksichtigt werden [5]); theils gehören dergleichen Empfangsbekenntnisse in die Kategorie von Geständnissen überhaupt, welche bekanntlich in dubio zu Gunsten des Confitenten erklärt werden müssen [6]); theils streitet eine wirkliche Rechtsvermuthung gegen die Existenz der Zuvielzahlung [7]); theils endlich kommt in Betracht, daß bei Ausstellung der Quitung der Zweck sowohl des Ausstellers als des Empfängers offenbar nur dahin gegangen, daß diese Urkunde als Beweis einer getilgten, nicht aber als Beweis einer daraus entspringenden Obligatio gelten solle, weshalb dann die darin gebrauchten Ausdrücke in dubio mit Rücksicht auf jene beschränkte Intention, nicht aber über die ursprüngliche Absicht beider Partheien hinaus, interpretirt werden müssen. — Jeder probable Erklärungsgrund des Ausstellers muß ihn mithin gegen die behauptete Zuvielzahlung wenigstens so lange schützen, bis die Zuvielzahlung anders als durch bloßen Bezug auf die Quitung streng erwiesen ist, so daß ihm der Beweis

---

5) L. 96. D. de R. J. v. Wening-Ingenheim, Civilr. 2. Aufl. §. 148.

6) L. 66. D. de judic. (5, 1); L. 6. pr. §. 1. D. de confess. (42, 2). Martin, CivilProc. 5. Aufl. §. 123a.

7) Hier tritt nämlich der Fall der L. 25. D. de prob. (22, 3) ein, verbis: Si vero ab initio confiteatur quidem suscepisse pecunias, dicit autem non indebitas ei fuisse solutas, praesumtionem videlicet pro eo esse qui accepit, nemo dubitat: qui enim solvit, nunquam ita resupinus est, ut facile suas pecunias jactet, et indebitas effundat, et maxime si ipse, qui indebitas dedisse dicit, homo diligens est et studiosus paterfamilias, cujus personam incredibile est in aliquo facile errasse; et ideo tum qui dicit indebitas solvisse, compelli ad probationes, quod per dolum accipientis vel aliquam justae ignorantiae causam indebitum ab eo solutum est: et nisi hoc ostenderit nullam eum repetitionem habere.

Digitized by Google

jenes Erklärungsgrundes nur secundo loco und eventuell, nämlich als directer Gegenbeweis obliegt [8]).

§. 2. Zuweilen aber genügt es noch nicht, daß in den Quitungen der wirkliche Empfang namhafter Quantitäten ausgedrückt worden, sondern es ist außerdem noch erforderlich, daß daraus mit Bestimmtheit hervorgehe, wie in diesen Quitungen auch wirklich von verschiedenen Zahlungen die Rede sey. Dieses Erforderniß tritt nämlich dann ein, wenn ein bestimmtes Quantum zu zahlen war, die Zuvielforderung aber erst durch Zusammenrechnung der in verschiedenen Quitungen benannten Summen erwiesen werden soll.

Hier pflegt die Praxis, gestützt auf die Auctorität des A. Faber [9]), Brunnemann [10]) und Voet [11]), den Grund-

8) Mir ist der Fall vorgekommen, daß ein Käufer seinen Verkäufer wegen Zuvielzahlung in Anspruch nahm, diese aber lediglich auf Waarenrechnungen begründen wollte, welche zu hoch aufsummirt waren, und worunter der Verkäufer mit den Worten: »abgemacht« ferner »empfangen« und »bezahlt erhalten« quitirt hatte. Zwar mußte der Verkäufer sowohl die Aechtheit als die Beweiskraft dieser, über 30 Tage alten, Quitungen anerkennen; er behauptete aber, daß der Irrthum in der Aufsummirung von der Eilfertigkeit herrühre, mit welcher der Kläger, als er die fraglichen Einkäufe gemacht, die Ausfertigung der Rechnungen und deren sofortige Nachsendung in sein, des Klägers, Logis verlangt habe; dort wären denn aber diese Rechnungen vorher nochmals genauer revidirt und nur der wirkliche Belauf derselben gezahlt worden. Hier mußte der klägerische Beweis nothwendig für verfehlt erachtet werden. Denn wenn gleich die Erklärung des Beklagten so viel ergab, daß die Tilgung der Schuldverbindlichkeit durch wirkliche Numeration erfolgt sey, so ging doch jedenfalls nicht die Zahlung der vollen aufsummirten Summe hervor, und hierin beruhete doch materialiter die Behauptung des Klägers.

9) Cod. def. for. L. 4. tit. 14. def. 70.

10) Comment. ad L. 2. C. (10, 30).

11) Comment. ad Pand. L. 12. tit. 6. № 14. Probasse autem

satz aufzustellen, daß bei mehreren zu verschiedenen Zeiten ausgestellten, über 30 Tage alten und sich nicht auf einander beziehenden Quitungen eo ipso anzunehmen sey, daß sie verschiedene Zahlungen bezeugen, so daß dem Beklagten der Beweis, wie diese mehreren Quitungen eine und dieselbe Zahlung beträfen, obliege.

Ist es freilich nicht zu läugnen, daß in concreten Fällen bei etwaiger Concurrenz sonstiger dringender Umstände aus mehrfachen, zu verschiedenen Zeiten ausgestellten Quitungen ein respt. vollständiger oder durch ein Suppletorium zu ergänzender künstlicher Beweis mehrfacher Zahlung, erbracht werden kann; so scheint es doch unrichtig, wenn man — wie das eben die Praxis und jene Schriftsteller thun — auch ohne solche Nebenumstände bloß in der Existenz mehrfacher, zu verschiedenen Zeiten ausgestellter Quitungen einen Beweis, oder wenigstens eine vom Beweise befreiende Rechtsvermuthung mehrfacher Zahlung findet. Vielmehr dürfte in dieser Hinsicht die verschiedene Zeit der Ausstellung mehrerer Quitungen völlig irrelevant seyn, wofern nicht aliunde — insbesondere durch specielle Angabe des Zahlungstages — aus diesen Quitungen mit Bestimmtheit hervorgeht, daß sie über verschiedene Zahlungen lauten.

Es sey zunächst erlaubt die praktische Wichtigkeit dieses Satzes durch folgenden wirklich vorgekommenen Fall anschaulich zu machen.

Der Geschäftsführer W. klagt im J. 1814 gegen seinen Mandanten v. W., er habe für denselben als Bevollmächtigten der v. H — schen Erben unter andern auch im Juny 1806 eine

---

indebiti solutionem actor inter alia et tunc existimandus est, cum duas debiti ejusdem apochas, diversis conscriptas temporibus, quorum posterior nullam prioris mentionem habet, producit: in quantum saltem post triginta dierum lapsum is contra quem apocha duplex producta est, numerationem ex una secutam non esse, teneretur docere.

Digitized by Google

Auction zu S. — über das dortige GutsInventarium abgehalten, und spätherhin über den Erlös mit demselben liquidirt. In der damahligen unglücklichen Kriegszeit seyen aber seine Papiere sehr in Unordnung gerathen, und namentlich die anliegende Quitung [12]) auf 1000 Rthl. N. ⅔ nicht aufzufinden gewesen. Deßhalb und weil außerdem noch 10 Rthl. 21½ ß AuctionsGelder nicht eingegangen waren, habe er dem v. W. unterm 24. Decbr. 1806 den anliegenden Schein [13]) über 1010 Rthl. 21½ ß ausgestellt. Diese 1010 Rthl. 21½ ß N. ⅔ habe er aber unter demselben Dato in seiner für den v. W. Namens der v. H—schen Erben anderweitig geführten Berechnung sich in Einnahme gesetzt, dort als einen wirklich empfangenen Vorschuß gedachten v. H—schen Erben zu Gute gerechnet und solchemnach jene bloß supponirte Schuld von 1010 Rthl. 21½ ß als eine wirkliche abgemacht; weshalb er nunmehr die laut der wieder aufgefundenen Quitung (cf. not. 12.) sich ergebende Zuvielzahlung von 1000 Rthl. von dem v. W. condicire.

Letzterer räumt zwar die Aechtheit dieser Urkunden ein, stellt jedoch die behauptete Zuvielzahlung in Abrede, weshalb dem Kläger der Beweis auferlegt wird:

> daß er nach seinen, im Auftrage des Beklagten, als Mandatars der v. H—schen Erben geführten Berechnungen demselben 1000 Rthl. N. ⅔ mehr gezahlt als eingenommen habe.

W. tritt diesen Beweis an durch die über den fraglichen AuctionsErlös geführte OriginalBerechnung nebst den dazu ge-

---

12) Sie lautete: »Von den aus der zu S. abgehaltenen Auction sind mir von dem Hr. W. Eintausend Thaler 71⅔ baar abgeliefert und bezahlt worden. N. N. den 1. July 1806. v. W.

13) »Daß ich von Sr. Hochwohlgeboren dem Hr. v. W. auf N. N. von den S — er AuctionsGeldern EinTausend und Zehn Thaler 21½ ß N. ⅔ zur Berechnung für die v. H — schen Erben erhalten habe, solches bescheinige. N. N. den 24. Decbr. 1806.« W.

Digitized by Google

hörigen Belegen. Darnach betrug der AuctionsErlös nach Abzug der AuctionsKosten, 6499 Rthl. 23½ ß N. ⅔

Davon hatte W.

a) durch successive bis November 1806 an die v. H—schen ErbInteressenten geleistete und vom Beklagten anerkannte, Zahlungen getilgt 4489 Rthl. 2 ß

Er behauptete ferner

b) daß er dem Beklagten laut dessen Quitung vom 20. July 1806, [14]) baar abgeliefert habe 1000 Rthl.

Auch ergab sich

c) daß W. die Summe von 1010 Rthl. 21½ ß

6499 Rthl. 23½ ß

dadurch, daß er sie den v. H—schen Erben anderweitig zu Gute verrechnet, wirklich getilgt hatte.

Hieraus folgerte W., daß, da solchemnach der Auctions-Erlös bereits vollständig gedeckt erscheine, die wieder aufgefundene Quitung vom 1. July 1806 (not. 12.) aber noch überdies eine Zahlung von 1000 Rthl. ergebe, eine Zuvielzahlung auf diesen Betrag von ihm erwiesen sey. —

Dieser Beweis war jedoch auf jeden Fall verfehlt. Denn um eine Zuvielzahlung von 1000 Rthl. darzulegen, mußten in substrato zwei Dinge vereint nachgewiesen werden; nämlich

1) daß die beiden Quitungen vom 1. und 20. July 1806 (not. 12 und 14.) von zwei verschiedenen Zahlungen jede zu 1000 Rthl. redeten. Grade dies hatte nämlich der Beklagte bestritten und vielmehr behauptet, daß auf beide Quitungen im Ganzen nur eine Zahlung von 1000 Rthl. erfolgt sey.

14) »Der Herr Pastor B. hat mir Namens des Hr. W. von dem Erlöse aus der S—er Auction Eintausend Thaler 71⅓ zu behändigen die Güte gehabt, welches ich hiedurch quitirend bescheinige. N. N. den 20. July 1806. v. W.

Digitized by Google

Diese sey ihm nämlich durch den Pastor B. überbracht worden und darauf habe er die Quitung vom 1. July ausgestellt, welche B. dem W. wiederum abgegeben habe. Späterhin habe aber B. zu seiner eigenen Legitimation eine Bescheinigung für sich verlangt, weshalb er, Beklagter, ihm die vom 20. July datirte behändigte. In dieser sey ja aber auch gar nicht gesagt, daß am 20. July eine Zahlung erfolgt sey, sondern er habe unter diesem Dato bloß erklärt, daß ihm durch den Pastor B. 1000 Rthl. behändigt worden.

Besondere factische Wahrscheinlichkeitsgründe sprachen übrigens durchaus nicht für die klägerische Intention, vielmehr hätte man in Rücksicht auf die äußeren Lebensverhältnisse beider Partheien eher der Behauptung des Beklagten Raum geben mögen.

Außerdem hätte aber Kläger

2) noch beweisen müssen, daß durch den Schuldschein vom 24. Decbr. 1806 (S. Anm. 13) nur ein Gesammtrückstand von 1010 Rthl. 21½ ß N.⅔ habe gedeckt werden sollen, daß mithin gedachte Summe keineswegs — wie doch der Inhalt klar besagte — an den Kläger aus den AuctionsGeldern baar ausgezahlt und solchergestalt kein neuer Rückstand von 1010 Rthl. 21½ ß (also im Ganzen auf 2020 Rthl. 43 ß) hinsichtlich der fraglichen AuctionsGelder begründet worden sey. — Auf diesen letzteren Umstand hatte aber Kläger seinen Beweis gar nicht gerichtet, und doch war es klar, daß, selbst wenn der erste Punkt als erwiesen angenommen ward, der Kläger gleichwohl noch 10 Rthl. 21½ ß AuctionsGelder rückständig war, von einer Zuvielzahlung aber vollends keine Rede sein konnte. —

Nun ward zwar der Kläger auch wirklich rechtskräftig abgewiesen, jedoch lediglich aus dem zweiten Gesichtspunkte, indem die Entscheidungsgründe fortwährend von der Ansicht ausgingen, daß die Quitungen vom 1. und 20. July, da sie in keinem Bezuge zu einander ständen, als von zwei verschiedenen Zahlungen redend, zu betrachten seyen.

Digitized by Google

§. 3. Um sich jedoch von der Unrichtigkeit dieses Entscheidungsgrundes zu überzeugen, darf man nur

1) an die im §. 1. erwähnten, auch hier vollkommen zu treffenden InterpretationsRegeln genau festhalten und dabei den Unterschied zwischen Beweiskraft des Inhalts und Umfang des Inhalts nicht außer Acht lassen. Eine über 30 Tage alte PrivatQuitung beweiset als solche ihrem Inhalte nach vollkommen, über ihren Inhalt hinaus kann aber doch die Beweiskraft unmöglich reichen. Eine Quitung ist ja an sich nichts anders als ein schriftliches Geständniß und daher auch in Ansehung des Umfanges seines Inhalts nach den für Geständnisse überhaupt geltenden allgemeinen Grundsätzen zu beurtheilen. Gesetzt es wäre Jemand dem C. 1000 Rthl. schuldig gewesen und producirte nun zwei von demselben respt. unterm 1. Januar und 1. Februar 1830 ausgestellte, jede den Empfang von 1000 Rthl. bescheinigende Quitungen. Hier liegt zwar ein doppeltes Geständniß, folglich ein doppelter Beweis über den Empfang von 1000 Rthl., nicht aber ein Beweis über die doppelte Zahlung von 1000 Rthl., vor. Die Sache verhält sich vielmehr grade so, als wenn der Empfänger erweislich zu verschiedenen Zeiten jedesmal den Empfang von 1000 Rthl. mündlich bekannt hätte; oder wenn die Zahlung von 1000 Rthl. durch eine Quitung des Empfängers und außerdem noch durch eine spätere, vor Zeugen abgegebene Erklärung desselben, daß er 1000 Rthl. empfangen, erwiesen wäre.

2) Sowenig nun aber die mehrfache Zahlung aus dem Inhalte der hier vorausgesetzten Quitungen direct und unmittelbar hervorgeht, sondern daraus nur gefolgert wird; sowenig ist aber auch ein solcher Schluß überhaupt concludent, indem die Existenz mehrfacher Quitungen mindestens eben so füglich und ungezwungen auf andere Art, als grade mittelst Supposition mehrfacher Zahlungen, sich erklären läßt. So ist es z. B. eine, im Geschäftsleben nicht selten vorkommende Erscheinung, daß, wenn die Zahlung durch einen Drit-

Digitized by Google

ten überbracht wird, dem Ueberbringer eine ihn als solchen bezeichnende s. g. Interims-Quitung zu seiner Legitimation gegeben, außerdem aber dem Schuldner die eigentliche Haupt-Quitung ertheilt wird; ferner daß der Schuldner, welcher die ihm ertheilte Quitung verloren zu haben vorgibt und um eine anderweitige Ausfertigung bittet, solche erhält. Wollte man hier dem Aussteller es zum Vorwurf machen, daß er die zweite Quitung nicht mit namentlichem Bezuge auf die frühere, für dieselbe Zahlung geltende, ausgestellt habe, so müßte, wenn man nicht eine Petitio principii begehen will, vorerst vorliegen, daß er durch solche Unterlassung sich wirklich präjudicirt habe. So aber durfte er ja die speciellere Fassung der zweiten Quitung eben deshalb unterlassen, weil gleichwohl in den doppelten Quitungen nur ein doppeltes Geständniß der Zahlung, nicht aber ein Geständniß doppelter Zahlung liege. Und dieser seiner Deutung muß schon deshalb, weil von seiner einseitigen Willenserklärung die Rede ist, der Vorzug gegeben werden (L. 96. D. de R. J.). —

3) Stellt man dagegen eine vom Beweise befreiende, mithin wirkliche Rechtsvermuthung dahin auf, daß zwei, keinen Bezug auf einander nehmende, aber auch den Diem solutionis nicht ausdrückende, Quitungen von zweien Zahlungen reden; so übersieht man, daß es nicht nur an einem hiezu berechtigenden Gesetze gänzlich fehlt, sondern daß man auch hier, wie so oft [15], in den Fehler geräth, daraus weil für eine Ansicht keine Vermuthung streitet, sofort zu statuiren, es streite eine Vermuthung für das Gegentheil. Statt bloß zu sagen, es wird nicht vermuthet, daß Jemand über dieselbe Zahlung doppelte Quitung ausstellen werde, sagte man, es werde vermuthet, daß doppelte Quitungen von doppelten Zahlungen redeten, während doch an und für sich weder für das Eine noch für das Andere eine Rechtsvermuthung streitet, vielmehr die Beweislast immer denjenigen trifft, den sie, ganz abgesehen

15) Weber, über die Verbindlichkeit zur Beweisführung, S. 129 seq.

von solcher Vermuthung, nach allgemeinen Rechtsgründen getroffen haben würde. So wie es nun keinen Zweifel leidet, daß, wer sich auf Zahlung beruft, selbige im Leugnungsfalle beweisen muß [16]), so muß diese Beweislast auch denjenigen treffen, welcher agendo oder excipiendo mehrfache Zahlung behauptet. Als Beweismittel hiefür mag er sich freilich der in seinen Händen befindlichen mehrfachen Quitungen bedienen, aber von ihrer, mehr oder minder genau bestimmten Fassung muß es erst abhängen, inwiefern dieser Beweis erbracht ist oder nicht.

Genau betrachtet läßt sich aber in dem obigen Falle nicht einmal eine — auf die Beweislast ohnehin nicht influirende — bloß factische Vermuthung für doppelte Zahlung aufstellen. Denn zugegeben auch, daß nicht leicht ein sorgsamer Mann doppelte Quitung über dieselbe Zahlung ausstellen werde, ohne wenigstens die spätere mit der früheren in Verbindung zu setzen; so wird doch gewiß noch weit seltener der Fall eintreten, daß ein sorgsamer Mann dieselbe Schuld doppelt oder sonst zuviel zahlen wird. Denn die Zahlung setzt ihrer Natur und der Erfahrung zufolge, weit mehr Vorbedacht und Ueberlegung voraus, als die Ausstellung einer Quitung, welche man sich zunächst nur als Beweis der getilgten Schuld zu denken gewohnt ist und zu deren wiederholter Ausfertigung man folglich mehr im Vertrauen auf Treu und Glaube des Schuldners und ohne grade einen künftigen Mißbrauch zu argwöhnen, sich verleiten lassen wird. Von jenem Erfahrungssatze geht aber auch die L. 25. pr. D. de probat. wirklich aus, wenn sie gradezu eine Rechtsvermuthung für die Schuldigkeit der Zahlung und folglich gegen die Supposition einer Zuvielzahlung stabilirt.

4) Aus der L. 1. C. de apoch. publ. (10, 22) ergibt sich aber endlich noch ein directes Argument dafür, daß die

16) L. 1. C. de prob. (4, 19); L. 25. C. de solut. (8, 43); L. 10. C. de n. n. pec. (4, 30).

Digitized by Google

specielle Angabe des Zahlungstages ein wesentliches Stück einer bündigen Quitung sey, folglich das Datum der Ausstellung allein nicht genüge.

Hier verordnen nämlich die Kaiser Honorius und Theodosius, um die Steuerpflichtigen gegen Chicane und Betrügereien der SteuerOfficianten möglichst zu schützen, unter Andern, daß in den von diesen über die bezahlte Steuer der Contribuenten zu ertheilenden Quitungen ausgedrückt sein solle: »nomen inferentis, dies, consul, mensis et summa (scil. illationis) quo et descriptionis aequitas illustretur — d. h. damit sowohl die Richtigkeit des, von dem Steuereinnehmer bei der demnächstigen Geldablieferung an den Susceptor aurarius mit einzureichenden GeneralSteuerSpecification ersichtlich sey — et descriptus [17]) documentis evidentibus fulciatur.« Also eine Quitung mit specieller Angabe namentlich auch des Zahlungstages soll als ein Documentum evidens betrachtet werden und gegen selbige die Exc. n. n. pec. überall nicht Statt finden [18]). Welcher Betrug wäre aber bei Ausstellung einer Quitung ohne specielle Angabe des Zahlungstages von Seiten des Steuereinnehmers gedenklich? Offenbar grade dieser, daß er die Steuer von dem Contribuenten nochmals fordern und der ihm producirten Quitung entgegnen könnte, daß daraus die Zeit der Zahlung nicht hervorgehe, folglich die Quitung auf ein älteres Steuererlegniß

17) d. h. der Steuerpflichtige. So muß wohl mit dem Cod. Theod., welchem auch Accursius und Cujacius gefolgt sind, gelesen werden, nicht descriptio wie die Vulgata hat und gar keinen vernünftigen Sinn giebt. Denn die Quitungen wurden natürlich den Contribuenten ꝛc. ertheilt, konnten also nicht als Belege zu der beim Susceptor aurarius einzureichenden GeneralSteuerSpecification gebraucht werden. Cf. die Gebauer-Spangenbergsche Ausg. des C. J. ad h. l.

18) L. 4. C. de apoch. publ. (10, 22).

Digitized by Google

füglich zu beziehen sey [19]). — Freilich redet diese Stelle zunächst nur von öffentlichen Quitungen, und ist für die Fassung von PrivatQuitungen nicht präceptiv; allein der Grund der bei jenen angeordneten Cautel beruhet auf allgemeinen die Beweiskraft betreffenden Grundsätzen und ist insofern auch auf PrivatQuitungen anwendlich.

§. 4.

Es bleibt jetzt noch übrig, die Argumente der entgegenstehenden Schriftsteller zu prüfen. —

A. Faber — auf welchen sich Voet not. 11 cit. ohne Weiteres bezieht — stellt am angeführten Orte freilich den allgemeinen Grundsatz auf:

> Cum duae proferantur apochae paris quantitatis, sed quae diversitatem habeant aliquam sive personarum quibus aut a quibus solutio facta dicitur sive loci aut temporis; ad onus pertinet creditoris solutionem urgentis, nec nisi unius ejusdemque summae solutae confessionem admittentis, ut ita esse, ac unam eandemque quantitatem utraque apocha contineri probet, cum diversitas circumstantiarum inducat facile praesumtionem diversitatis summarum, nulla in contrarium allata probatione. —

Allein er wendet ihn, wie man sieht, doch zunächst nur auf den Fall an, wenn der ursprüngliche Schuldner als Beklagter die geschehene gänzliche Tilgung der wider ihn libellirten Schuld behauptet und zum Beweise dessen mehrere Quitungen producirt, welche er, als von verschiedenen Zahlungen redend, ausgiebt. Dieser Fall ist aber von dem im Obigen vorausgesetzten jedenfalls darin verschieden, daß dort der ursprüngliche Schuldner keine Zuvielzahlung, sondern lediglich die geschehene Tilgung seiner Schuld und seine vollständige Liberation behauptet; gegen diese so modificirte Intention aber

19) Vergl. Jac. Gothofr. ad L. 173. Cod. Theod. de decurion. (12, 1), woselbst sich auch mehrere ParallelStellen finden.

das, aus der L. 25. pr. D. de probat. hervorgehende, Argument — aber auch nur dieses allein — nicht platzgreiflich wird. —

Man braucht sich indessen nicht darauf zu beschränken, die Allgemeinheit des von Faber statuirten Grundsatzes und die daraus leicht entstehende mißbräuchliche Anwendung desselben auch auf den Fall der Condiction angeblicher Zuvielzahlung zu tadeln; sondern man muß auch behaupten, daß der von ihm vorgetragene Fall ebenfalls unrichtig entschieden worden ist. Denn er stützt diese Entscheidung — außer dem trivialen und unrichtig angewandten Princip — quod is probare debeat qui dicit, non qui negat — bloß auf die L. 47. D. de obl. et act. (44, 7):

> Arrianus ait, multum interesse quaeras utrum aliquis obligetur, an aliquis liberetur. Ubi de obligando quaeritur, propensiores esse debere nos, si habeamus occasionem, ad negandum. Ubi de liberando, ex diverso ut facilior sis ad liberationem.

Allein das Unpassende dieses Bezuges leuchtet wohl von selbst ein. Denn es enthält diese Stelle nichts weiter, als die natürliche Regel, daß, so lange es an den rechtlichen Erfordernissen einer Obligatio fehlt, auf deren Existenz nicht erkannt werden kann, sondern der Beklagte absolvirt werden muß. Ueberdies tritt diese Regel nur in Ermangelung sonstiger rechtlicher Auskunftsmittel und bei ganz gleichen Rechtsverhältnissen ein, und darf also nicht auf die Befreiung einer Parthei von dem ihr nach allgemeinen Gründen obliegenden und durch die gesetzlich gebilligten Mittel zu führenden Beweise, bezogen werden. Da es nun, bei einmal erweislich existent gewordener Schuld, eine Rechtsvermuthung für die Schuldbefreiung nicht gibt, sondern die behauptete Zahlung, wie überall, streng bewiesen werden muß; so reducirt es sich ja auf eine bloße Petitio principii, wenn man diesen Beweis ohne Weiteres schon in der Production

Digitized by Google

mehrerer, auf einander sich nicht beziehender, Quitungen finden will, da doch obgezeigtermaßen ein solcher Schluß gleichfalls nichts weniger als concludent ist. —

Wohl aber enthält diese Stelle in Bezug auf den Fall der Condiction wegen behaupteter Zuvielzahlung eine in der That nicht unwichtige Unterstützung für die von mir vertheidigte Ansicht. Denn der Aussteller der mehrfachen Quitungen bestreitet ja nicht die dadurch bewirkte Liberation des Inhabers; dieser aber will sogar noch einen Anspruch wider Jenen daraus formiren. Hier ist also grade der Fall, ubi de obligando quaeritur, von dem es heißt: propensiores esse debere nos, si habeamus occasionem, ad negandum. —

Scheinbarer wenigstens ist das Argument, welches Brunnemann ableitet aus der L. 2. C. de discussoribus (10, 30), also lautend: —

> Impp. Arcadius et Honorius A. A. Messalae praefecto praetorio.
>
> Ne casu amissa securitate publica quaedam praeda nascatur collatoribus: decernimus, ut quando securitates a discussoribus (RechnungsRevisoren) seu apparitoribus (Executoren) expositae, ratiociniis publicis continentur: rursus per injuriam non petantur —

Gedachter Schriftsteller versteht nämlich diese Stelle dahin: daß wenn die Contribuenten die ihnen über die bezahlte Steuer ertheilte öffentliche Quitung verloren hätten, die geschehene Zahlung selbst aber in die öffentlichen SteuerSpecificationen bereits eingetragen sey, jene — Contribuenten — keine nochmalige Ausfertigung statt der verlornen sollen verlangen dürfen, damit sie nicht hinterher nach Wiederauffindung der verloren gegangenen und somit im Besitze doppelter Quitung über die nämliche Zahlung, daraus Gelegenheit nehmen möchten, die Staatscasse durch prätendirte Zuvielzahlung zu betrügen. Ihnen dürfe es vielmehr bloß um den Beweis ihrer

Liberation zu thun seyn, welcher ja schon aus den öffentlichen SteuerRegistern hervorgehe.

Hieraus zieht Brunnemann den allgemeinen Schluß: »Quod propter duplicem quietantiam praesumatur quis bis solvisse, nam alias collatores seu contribuentes nullam possent hinc captare praedam.«

Wollten wir auch diese Gesetzesauslegung einstweilen als richtig annehmen, so müßte doch die davon auf bloße Privat-Quitungen gemachte analoge Anwendung jedenfalls unstatthaft erscheinen, indem nicht par ratio vorhanden ist, und man also nicht sagen kann, daß die Besorgniß eines Mißbrauches hier, wie dort, eintrete. Wenn nämlich die Kaiser die nochmalige Ausfertigung einer zufällig verloren gegangenen Steuer-Quitung verbieten, so thun sie dies grade aus dem Grunde, weil der Inhalt der Quitung, nämlich das Factum der geschehenen Bezahlung, bereits in die öffentlichen SteuerRegister eingetragen und daraus ersichtlich sey, auf welche — als auf ein vollbeweisendes Instrumentum commune — der Contribuent sich nur beziehen dürfe, falls er wegen des bereits Bezahlten nochmals in Anspruch genommen werde [20]); und nur aus diesem Gesichtspunkte könnte dem Verlangen einer nochmaligen Ausfertigung der Quitung die Absicht eines Mißbrauches allenfalls unterstellt werden. Wie ganz anders verhält sich aber die Sache bei PrivatSchulden! Gewiß nur in den seltensten Fällen wird hier der Gläubiger jede ihm geleistete Zahlung besonders annotiren, er wird es wenigstens in allen den Fällen nicht thun, wo er die Schuld selbst nicht angeschrieben hatte. Vielweniger wird er den Inhalt aller und jeder von ihm ausgestellten Quitungen genau in ein eigens dazu bestimmtes Buch eintragen, auf welches der Schuldner gradehin sich berufen könnte. Und wie oft kann er es vergessen oder gar absichtlich unterlas-

20) Vergl. Jac. Gothofr. ad L. 2. Cod. Theod. de discuss (11, 26) verbis: Igitur adversus hanc discussorum vexationem etc.

Digitized by Google

sen haben, die geschehene Zahlung zu notiren! Mangelndes Interesse wenigstens kann also dem, die nochmalige Ausfertigung der zufällig verloren gegangenen Quitung verlangenden PrivatSchuldner hier gewiß nicht, wie dort, opponirt werden. Und zugegeben auch, daß der Gläubiger zu solcher nochmaligen Ausfertigung streng juristisch nicht verpflichtet ist, so wird er wenigstens die Besorgniß eines etwanigen künftigen Mißbrauches Seitens des Schuldners nicht als haltbaren Weigerungsgrund aufstellen können, da er ja, um sich auf allen Fall zu sichern, nur nöthig hat, die zweite Quitung auf die erstere zu beziehen.

Brunnemann scheint aber überhaupt den Sinn jenes Gesetzes gänzlich verfehlt zu haben. Dafür spricht zuvörderst schon dieses, daß das Gesetz ausdrücklich den Fall eines, und zwar durch Casus, wirklich eingetretenen, Verlustes der Quitung supponirt, wohingegen wenn die Kaiser beabsichtigt hätten, der mißbräuchlichen Benutzung von Seiten der Contribuenten ein Ziel zu setzen, es gewiß weit angemessener gewesen wäre, den Grund des Gesetzes von dem bloßen Vorwande des Verlorenseyns herzunehmen, theils weil dieser bloße Vorwand häufiger als der wirkliche Verlust vorgekommen seyn, theils weil alsdann der gesetzliche Nachtheil mehr den wirklichen Betrüger als den völlig Unschuldigen getroffen und solchergestalt mit der präsumtiven gesetzgebenden Gerechtigkeit mehr in Einklang gestanden haben würde.

Sodann ist nicht wohl abzusehen, wie überhaupt die Besorgniß eines Mißbrauches von Seiten der Contribuenten entstehen konnte, da ja nach der oberwähnten L. 1. C. de apoch. publ. öffentliche SteuerQuitungen so vorsichtig und genau gefaßt werden mußten, daß die nochmalige Ausfertigung nimmermehr zum Beweise doppelter Zahlung benutzt werden konnte, vielmehr die einfache Geltung beider Quitungen schon auf den ersten Blick erhellen mußte. Daß freilich diese L. 1. C. de

apoch. publ. jünger ist als die L. 2. C. de discussoribus [21]), hebt diesen Zweifel keineswegs, weil es sich immer noch fragt, warum Justinian beide, anscheinend so wenig vereinbarliche Constitutionen in seine Sammlung aufnahm?

Endlich aber müßte es auffallen, warum die Kaiser zur Vorbeugung des besorgten Mißbrauches ein Mittel wählten, welches viel weiter reichte, als der beabsichtigte Zweck. Denn warum verwerfen sie unbedingt das Verlangen einer nochmaligen Ausfertigung der Quitung; warum beschränkten sie sich nicht, zu verordnen, daß die zweite Quitung auf die frühere auszustellen sey?

Diese äußeren Gründe machen es schon begreiflich, daß das Gesetz nicht sowohl den Mißbräuchen der Contribuenten, als vielmehr der SteuerOfficianten Einhalt thun sollte. Es mochte nämlich häufig vorgekommen seyn, daß SteuerOfficianten, wenn sie erfahren hatten oder vermuthen konnten, daß die Contribuenten die ihnen ertheilten Quitungen verloren haben möchten, hinterher unter dem Vorwande, daß die Quitung einer nochmaligen Revision und Rectificirung bedürfe, deren Production, in deren Ermangelung aber, nochmalige Bezahlung, welche sie dann für sich behielten, verlangten. Damit nun hieraus keine Veranlassung zur Beraubung der Contribuenten entstehe — ne praeda (für praedatio) [22]) nascatur collatoribus —, verboten die Kaiser den

21) Vergl. die Gebauer-Spangenbergsche Ausgabe des C. J. ad has legg.

22) In dieser Bedeutung kommt Praeda in unsern Rechtsquellen mehrmals vor, z. B. in L. 5. C. de navicularii (11, 1) »praedas agere in naucleros«; und in L. 34. C. Theod. de annona et trib. (11, 1) »Nunquam — — Africanus possessor mittatur in praedam« d. h. praedae obnoxius fiat; cf. Jac. Gothofr. ad h. l. — Es wird also ebensogut in Beziehung auf den gebraucht, der die Praeda hergeben muß, als auf den, der sie sich aneignet (etwa wie unser Wort Raub, da man ebensowohl sagen kann, man habe einen Raub erlitten, als einen Raub gemacht, ebensowohl man habe etwas durch Raub verloren, als durch Raub er-

Digitized by Google

SteuerOfficianten, die Contribuenten mit dem Verlangen einer Vorlegung ihrer Quitungen zu behelligen — rursus per injuriam non petantur — und zwar aus dem natürlichen Grunde, weil ja das Factum der geschehenen Steuerbezahlung schon aus den SteuerRegistern constirte, der Fiscus mithin an solcher Vorlegung überall nicht interessirt war, folglich dem darauf gerichteten Verlangen nur eine betrügerische Absicht von Seiten der SteuerOfficianten unterliegen konnte. —

Der entscheidendste Beweis für die Richtigkeit dieser Erklärung liegt übrigens theils in der L. 2. Cod. Theodos. de discuss. (11, 26), aus welcher unsere L. 2. C. cit. nur abgekürzt entlehnt und worin jener Zweck klar ausgesprochen ist [23]); theils darin, daß unter den vielen nachdrücklich verpönten Bedrückungen, welche sich die Römischen SteuerOfficianten gegen die Contribuenten erlaubten [24]), auch namentlich die vorhin erwähnte wiederholt hervorgehoben und zur gründlichen Hemmung dieses Uebels die nochmalige Abforderung und Revision bereits ertheilter SteuerQuitungen wiederholt untersagt ward [25]).

---

langt). In gleichem Sinne heißt es bei Tacitus histor. L. 3. cap. 19: »Expugnatae urbis praedam ad militem, deditae ad duces pertinere.«

23) »Maximas praedas hoc pacto agi de provincialibus certum est, ut acceptae semel securitates et regestae polypticis (i. e. ratiocinia publica) a discussoribus vel apparitoribus denuo postulentur: non quod utilitas publica flagitat, sed ut si casu est amissa securitas, major praeda nascatur. Decernimus itaque, ut quando insertae securitates ratiociniis publicis continentur, rursus per injuriam non petantur.« Vergl. noch Jac. Gothofred ad h. l.

24) Vergl. L. 1, 2, 4, 7. C. de exact. trib. (10, 19); L. un. C. de superexact. (10, 20); L. 1, 4. C. de discuss. (10, 30); L. 8. C. de excus. mun. (10, 47); L. 4, 9, 12, 15. C. de suscept. praepos. et arcar. (10, 70); L. un. C. de auri publ. persec. (10, 72); L. 1, 2, 3. C. de his quae ex publ. collat. illat. (10, 73); L. 1, 5, 6. C. de censib. et censit. (11, 57) etc.

25) L. 2. C. de apoch. publ. (10, 22); L. 4. med. C. de dis-

Digitized by Google

§. 5. Die Anwendlichkeit der oben §. §. 2 und 3. ausgeführten Behauptung könnte vielleicht bedenklicher erscheinen, wenn die beiden Quitungen nicht auf dieselbe, sondern auf verschiedene Summen lauten. Aber auch hier muß man, um consequent zu seyn und nicht in bloße Muthmaßungen hinüber zu greifen, den Schluß von doppelten Quitungen auf doppelte Zahlungen so lange für inconcludent und verwerflich halten, als noch eine passende Erklärung des Gegentheils gedenklich und mit den Worten der Quitung vereinbarlich bleibt. Dies ist aber dann noch der Fall, wenn die spätere Quitung auf eine höhere Summe lautet. Gesetzt z. B. C. welcher 1000 Rthl. schuldig war, producirte zum Beweise der Zuvielzahlung eine unterm 1. Januar ausgestellte Quitung auf 500 Rthl. lautend, und eine zweite vom 1. Februar e. a. datirte auf 1000 Rthl. Hieraus folgt noch nicht eine Gesammtzahlung von 1500 Rthl., sondern es kann ebensowohl sein, daß C., welcher das zweite Mal nur den Rest seiner Schuld mit 500 Rthl. zahlte, sich — etwa unter dem Vorgeben, daß ihm die erste Quitung abhanden gekommen — eine Quitung auf die Gesammtsumme von 1000 Rthl. habe geben lassen. Auch paßt diese Auslegung vollkommen zu den Worten der Quitungen. Denn der Gläubiger, welcher am 1. Januar den Empfang von 500 Rthl. eingestand, konnte am 1. Februar e. a. in Wahrheit gestehen, 1000 Rthl. erhalten zu haben, und diese Deutung seiner einseitigen Willenserklärung ist auch hier zunächst entscheidend.

Anders würde sich aber die Sache gestalten, wenn die spätere Quitung auf eine mindere Summe — z. B. die erste auf 1000 Rthl., die zweite auf 500 Rthl. — lautete. Hier müßte allerdings eine Gesammtzahlung von 1500 Rthl. bis zum Beweise des Gegentheils angenommen werden. An sich

---

cuss. (10, 30) verbis: »discussione autem solennium facta et ad principem perlata, discussis sacra securitas detur: dari etiam ea potest a discussoribus ita ut utroque casu nullam illi postea discussionem patiantur.«

Digitized by Google

nämlich dürfte es nicht leicht eine probable Erklärung geben, weßhalb der Empfänger der größeren Summe hinterher eine Quitung über einen Minderbetrag ausstellen sollte, wenn diese nicht eine neue Zahlung, sondern schon in die erstere einbegriffen sein sollte. Denn dem Schuldner, zu dessen Sicherung die Quitung gereicht, liegt wesentlich daran, sich auf die größtmöglichste Summe liberirt zu sehen und darüber ein schriftliches Beweismittel in Händen zu haben; der Gläubiger aber, welcher zur Ertheilung dieses Beweismittels rechtlich verpflichtet ist, kann sich eben deshalb auch nicht entlegen, auf den ganzen Betrag des Accepti zu quitiren. Wollte daher der Aussteller die zweite Quitung mit der ersten in Bezug setzen und also überhaupt nur den Empfang von 1000 Rthl. einräumen, so würde er eben dadurch seiner zweiten Quitung eine, in den Worten selbst nicht enthaltene und daher als selbstständige Behauptung von ihm zu erweisende, Beschränkung unterlegen. Ferner würden zufolge dieser Erklärung nur zwei Fälle gedenkbar sein, nämlich entweder, daß die zweite Quitung nie und zu keiner Zeit einen Zweck gehabt, sondern gleich bei ihrer Ausstellung ein Superfluum und nullius valoris habe sein sollen, oder daß dabei eine Simulation beabsichtigt worden sey. Keines von beiden ist aber der Regel nach gesetzlich anzunehmen; jenes nicht, weil in dubio nichts als Superfluum betrachtet, vielmehr möglich so interpretirt werden soll, daß Alles eine selbstständige Bedeutung erhalte; diese nicht, weil Simulationen nicht zu vermuthen, sondern ab allegante zu erweisen sind. —

V.

Ueber den Annus der Actiones honorariae.

Vom Herausgeber.

Wie so manche andere, mit dem alten Ordo judiciorum zusammenhangende Institute des PandektenRechtes, so ist auch der Annus der Actiones honorariae seit der uns von Gajus eröffneten tiefern Einsicht in die alte Gerichtsverfassung Roms dem innern Verständnisse wesentlich näher gerückt. Deshalb darf es nicht befremden, wenn die hier mitzutheilenden Ergebnisse unserer, durch einen praktischen Fall veranlaßten, Forschung von den seitherigen Ansichten älterer und neuerer Juristen wesentlich abweichen.

Durch Gajus haben wir umständlicher erfahren, daß alle Judicia, welche allein kraft des Imperium der Magistratus angeordnet wurden, auch mit dem Imperium der Constituenten, und weil dieses in der Regel ein annuum war, wenigstens mit dem Jahresschluß endigten; wogegen die, in Gemäßheit der Lex Julia judiciaria angeordneten Judicia legitima, unabhängig vom Wechsel des Imperium

Ein Jahr und sechs Monate dauerten [1]). Jenes Erlöschen der Judicia, quae imperio continentur, mit dem Imperium des Constituenten, hing mit der Grundansicht des Römischen Staatsrechtes zusammen, nach welcher Niemand etwas für die Zeit befehlen konnte, in welcher er wiederum bloßer Privat-Mann seyn würde; so daß mit der Niederlegung des Imperium von selbst alle Anordnungen und Befehle des Magistratus für die Zukunft ihre volle Rechtskraft verloren, wenn sie auch in der Regel eine gewisse Auctoritas behielten [2]).

---

1) Gajus, IV, 103—106, 109: »Omnia judicia aut legitimo jure consistunt, aut imperio continentur. Legitima sunt judicia, quae in urbe Roma, vel intra primum urbis Romae miliarium inter omnes cives Romanos sub uno judice accipiuntur; eaque lege Julia judiciaria, nisi in anno et sex mensibus judicata fuerint, expirant et hoc est, quod vulgo dicitur, e lege Julia litem anno et sex mensibus mori. Imperio vero continentur recuperatoria, et quae sub uno judice accipiuntur interveniente peregrini persona judicis aut litigatoris. In eadem causa sunt, quaecumque extra primum urbis Romae miliarium tam inter cives Romanos, quam inter peregrinos accipiuntur. Ideo autem imperio contineri judicia dicuntur, quia tamdiu valent, quamdiu is, qui ea praecepit, imperium habebit. — Ceterum potest ex lege quidem esse judicium, sed legitimum non esse; et contra ex lege non esse, sed legitimum esse, verbi gratia, (si) ex lege Aquilia, vel Ovinia, vel Furia in provinciis agatur, imperio continebitur judicium; idemque juris est et si Romae apud recuperatores agamus, vel apud unum judicem interveniente peregrini persona, et ex diverso si ex ea causa, ex qua nobis edicto Praetoris datur actio, Romae sub uno judice inter omnes cives Romanos accipiatur judicium, legitimum est.«

2) Dieß gilt insbesondere von den Edicta magistratuum, welche ebendeshalb Leges annuae waren. Da es übrigens im Edicte hieß: (l. 1. pr. D. 2, 2: Quod quisque juris in alterum statuerit, ut ipse eodem jure utatur): »Qui magistratum potestatemve habebit, si quid in aliquem novi

Digitized by Google

Dieser Grundsatz wird in namentlicher Beziehung auf die An-

juris statuerit, ipse quandoque adversario postulante eodem jure uti debet;« demnach jeder edicirende Magistratus für seine Edicte seit seines Lebens persönlich verhaftet blieb, gleichsam das Periculum litis trug; so war er auch als Auctor oder Gewährsmann verantwortlich und es bestand demnach hier eine Auctoritas im engern und eigentlichen Sinne des Wortes. — Die volle Rechtskraft der Constitutio principis beruhte ebenfalls auf dem Imperium des Imperator, weshalb Gajus, 1, 5, bemerkt: »nec unquam dubitatum est, quin id legis vicem obtineat, cum ipse Imperator per legem imperium accipiat.« Die Frage aber: woher es komme, daß die Constitutiones principum auch nach dem Tode der Kaiser regelmäßig volle Rechtskraft behielten, haben unsere neuern Rechts-Historiker so wenig als die ältern gehörig ins Auge gefaßt, und eine schon im J. 1820 von uns kürzlich vorgetragene Ansicht (Beiträge zur Rechtslehre und Rechtswissenschaft, S. 79.) ist unbeachtet geblieben. Zwar macht Walter, in seiner Römischen Rechtsgeschichte, S. 279, auf den Eid aufmerksam, wodurch am ersten Januar jeden Jahres dem Kaiser von Neuem Gehorsam gelobt und zugleich die Regierungshandlungen der Vorgänger bekräftigt wurden; allein er verabsäumt den Rechtsgrund nachzuweisen, welcher dem zeitigen Imperator die Befugniß gab, das Sacramentum auch auf die Retro Principes und deren Acta zu beziehen. Aus Cicero, Orat. Philippica I, c. 7, Sallustius, Jul. Caesar, c. 82 u. 84, u. a. sehen wir, wie namentlich nach Cäsars Tode die wichtige Frage entstand, ob die Acta Caesaris »servanda« oder »rescindenda« seyen; wie aber bei der Beerdigung Cäsars »laudationis loco Consul Antonius per praeconem pronuntiavit Senatus-Consultum, quo omnia ei divina simul atque humana decreverat; item jusjurandum, quo se cuncti pro salute unius adstrinxerant.« Wenn nun nach diesem Vorgange auch die nachfolgenden Cäsaren nach ihrem Ableben regelmäßig für Divi erklärt werden, und ihnen »Templum et coelestes religiones decernuntur« (Taciti annales, 1, 11); so liegt hierin ohne Zweifel der Rechtsgrund für die fortwährende Verbindlichkeit der Constitutiones aller Divi Principes im Gegensatze der rescindirten Acta derjenigen Kaiser, deren Gedächtniß verdammt ward; weshalb denn auch von spätern Juristen nie eine Constitutio

Digitized by Google

ordnung der Judicia auch in unsern Pandekten ausdrücklich anerkannt, und zwar von Ulpianus, lib. 51 ad Sabinum [3]):

> Magistratus autem, vel is, qui in potestate aliqua sit, ut puta Proconsul, vel (Pro) Praetor, vel alii, qui provincias regunt, judicare jubere eo die, quo privati futuri essent, non possunt.

Dem scheinen zu widersprechen die Worte des Callistratus, lib. 3 responsorum [3a]):

> Judices a praeside dati solent etiam in tempus successorum ejus durare et cogi pronunciare, easque sententias servari; in eundem sensum etiam Scaevola respondit.

Dieser Widerspruch hebt sich, sobald man erwägt, daß in Betreff der Provinciae Caesaris allein dem Kaiser das Imperium zustand, und die von ihm ernannten Stellvertreter oder Praesides provinciarum weder eine Magistratur, noch gleich den vom Populus und später vom Senate ernannten Proconsules und Propraetores, eine eigentliche Potestas hatten, ihre schon seit Tiberius [4]) nur außerordentlicher Weise stattfindende Abberufung aus den Provinzen daher auf den Rechtsbestand der von ihnen Namens des Kaisers

---

des Tiberius, Caligula, Nero, etc. angeführt wird (das S. C. Neronianum leitete seine Rechtskraft vom Senate ab) und der Name Divus bei der Anführung der Constitutionen verstorbener Kaiser selbst in Justinians Pandekten nicht leicht fehlt.

3) L. 13, §. 1. D. 2, 1, de jurisdictione. Da die Worte Ulpians nur auf die Judicia, quae imperio continentur, gehen, diese aber hauptsächlich in den Provinzen zu suchen sind, so möchte ich auch mit mehreren ältern Juristen, statt Praetor lieber Propraetor lesen; was auch dem Proconsul entspricht, der wohl nicht leicht jemals vor dem Praetor aufgeführt wird. —

3a) L. 49, §. 1. D. 5, 1, de judiciis.

4) Cfr. Taciti annales, I, 80; IV, 6; Suetonius in Tiberio, c. 4.

Digitized by Google

angeordneten Judicia keinen Einfluß zu üben vermochte, während in den Provinzen des Populus die regelmäßig für Ein Jahr ernannten Proconsuln kraft ihres Imperium annuum auch nur für die Dauer dieses Jahres Judicia anordnen konnten [5]). Wie sehr übrigens zur Zeit der klassischen Juristen in Beziehung auf die Magistratus populi Romani das alte Verhältniß der Judicia anerkannt ward, und nur derjenige, welcher dieselben angeordnet hatte, zur Ausführung der Sentenz befugt war, weshalb die ganze Sache regelmäßig »intra annum« zu Ende geführt und abgemacht werden mußte, erhellt auch aus dem, was Ulpianus, lib. 3. de officio Consulis anführt [6]):

5) Warum Keller in seiner trefflichen Schrift über Litiscontestation und Urtheil (Zürich, 1827) S. 163 u. ff. diesen Unterschied der Provinzen hier nicht entschiedener geltend macht, sehe ich nicht ein. Wenn dieser Schriftsteller im Allgemeinen mit Recht bemerklich macht, daß der Alt Römische regelmäßige Wechsel der Magistrate in Rom und in den Italischen Colonien und Municipien noch in der ganzen Zeit der klassischen Juristen stattfand, während jene Uebung »für die Provincial Magistrate, namentlich die kaiserlichen Praesides provinciarum«, schon im Anfang der Kaiserregierung gebrochen ward; so liegt doch kein Grund vor, die Provincial Magistrate in den Volks Provinzen den kaiserlichen Praesides provinciarum gleichzustellen. Vielmehr führt selbst Gajus, I, 6, auf die strenge Unterscheidung beider in Jurisdictions Verhältnissen.

6) L. 15. pr. D. 42, 1, de re judicata et de effectu sententiarum. Wenn Ulpian §. 1. l. c. fortfährt: »Sententiam Romae dictam etiam in provinciis posse Praesides, si hoc jussi fuerint, ad finem persequi, Imperator noster cum patre rescripsit«; so steht dieses mit dem obigen Princip nicht in Widerspruch. Denn alle Proconsules und Propraetores, und selbst die Kaiser wegen ihrer proconsularis potestas, waren hinsichtlich der Jurisdiction in gewisser Beziehung nur die Gehülfen und Stellverter der beiden Prätoren in Rom, weshalb Gajus, I, 6, auch ausdrücklich anführt: »Sed amplissimum jus est in edictis duorum Praetorum, urbani et peregrini, quorum in provinciis jurisdictionem Praesides earum habent.«

Digitized by Google

»A Divo Pio rescriptum est: Magistratus populi Romani, ut judicum a se datorum vel arbitrorum sententiam exequantur hi, qui eos dederunt.«

So wenig wie die Anordnungen der Judicia, quae imperio continentur, über das Jahr der Magistratur hinaus gültig bleiben konnten, so wenig vermochten in der Regel auch anderweitige Festsetzungen der Magistratus p. R. länger als bis zu den Calenden des folgenden Januars, dem Tage des Wechsels oder der Erneuerung des Imperium der Magistrate, ihre Rechtskraft zu behaupten. Insbesondere galt dieses durchgehends von den aus der Jurisdictio der Magistratus allein entspringenden Actiones, den Actiones honorariae im Gegensatze der civiles. Während nämlich letztere auf Leges und quae legis vicem obtinent, beruhten, und eben deshalb jeder Prätor zur Ertheilung der, seit der Lex Aebutia erforderlichen Klageformeln regelmäßig verpflichtet war, so konnten die Actiones honorariae an sich nur unter

---

Aus diesem Grunde war namentlich der Praetor urbanus befugt, innerhalb des ganzen Orbis terrarum sub Imperio p. R. die zu Rom gesprochenen Erkenntnisse zu vollziehen, und zu dem Ende an die, seine Jurisdiction, wenn auch im eignen oder kaiserlichen Namen, verwaltenden Praesides provinciarum die nöthigen Befehle zu erlassen; nur daß regelmäßig alle diese Befehle »intra annum«, d. i. während des Jahres seiner Prätur gegeben und vollzogen werden mußten. Diese Stellung des Prätors, den Provinzen und ihren Praesides gegenüber, erhellt auch aus Ulpianus, lib. 35 ad edictum, l. 5. §. 12. D. 27, 9, de rebus eorum, qui sub tutela vel cura sunt: »Illud quaeri potest, si Praetor aditus permiserit distrahi possessionem provincialem, an valeat, quod fecit? Et putem valere, si modo tutela Romae agebatur, et hi tutores eam quoque administrationem subierant.« Dagegen würde ein Befehl solcher Art, den z. B. ein Praeses provinciae Caesaris in Beziehung auf ein in einer Provincia populi Romani gelegenes Grundstück erlassen hätte, und umgekehrt, gewiß nicht ohne weiteres gegolten haben.

Digitized by Google

dem Magistratus geltend gemacht werden, welcher in seinem Edicte versprochen hatte: »Actionem dabo«; »Judicium dabo«; da aus diesem Versprechen natürlich die Nachfolger in der Magistratur nicht verhaftet waren [7]). Wenn es daher von den Actiones honorariae heißt, daß sie gewöhnlich »intra annum« gegeben wurden, so kann dieß nicht heißen, innerhalb eines natürlichen Jahres von 365 Tagen vom Augenblicke der begründeten Klage an gerechnet, sondern nur innerhalb des bürgerlichen Jahres von den Calenden des Januars bis zu den Calenden des folgenden Januars, oder innerhalb des laufenden Amtsjahres der Magistrate. Daher fügt Justinian [8]) als Grund, warum die Klagen, »quae ex propria Praetoris jurisdictione pendent, plerumque intra annum« dauern, hinzu:

»Nam et ipsius Praetoris intra annum erat imperium«;

welcher Grund durchaus nicht ausreichen würde, sobald »intra annum« ein natürliches Jahr von 365 Tagen, vom Augenblick der Actio nata an gerechnet, bezeichnen sollte; während er unter der gegebenen Voraussetzung alles erklärt.

Die Richtigkeit dieser Begriffsbestimmung des »intra annum« erhellt auch aus manchen andern Stellen, während keine einzige für die Behauptung spricht, daß hierunter ein natürlicher Zeitraum von 365 Tagen zu verstehen sey. Wenn z. B. Ulpianus, lib. 29 ad edictum [9]) von der Actio annua de peculio sagt:

7) Gajus, 4, 110: »Quo loco admonendi sumus, eas quidem actiones, quae ex lege senatusveconsultis proficiscuntur, perpetuo solere Praetorem accommodare: eas vero, quae ex propria ipsius jurisdictione pendent, plerumque intra annum dare.« Cfr. pr. I. 4, 12.

8) pr. I. 4, 12, de perpetuis et temporalibus actionibus.

9) L. 1. §. 3. D. 15, 2, Quando de peculio actio annalis est.

Digitized by Google

»Merito autem temporariam in hoc casu fecit Praetor actionem, nam quum morte vel alienatione extinguitur peculium, sufficiebat usque ad annum produci obligationem«;

so können dieſe Worte offenbar nicht ſo verſtanden werden, daß es genüge, wenn die Obligatio noch auf Ein Jahr verlängert werde, ſondern nur, daß es hinreiche, die Obligatio bis zum Beginn des neuen, oder, was gleich iſt, bis zum Schluß des alten Jahres, überhaupt bis zum Jahreswechſel fortzuführen. —

Wenn Ulpianus, lib. 71 ad edictum [10]) ferner ſagt:

»Si quis reipublicae causa abfuisset, deinde reversus interdicto Quod vi aut clam uti vellet, verius est, non excludi anno eum, sed reversum annum habere«;

ſo geben auch dieſe Worte einen viel einfachern Sinn, wenn ſie auf das für Alle gleichmäßig geltende, und nach den Conſuln, als den erſten Magistratus benannte bürgerliche Jahr der Magiſtratur, als wenn ſie auf einen bloßen Zeitraum von 365 Tagen bezogen werden.

Daß der Ausdruck Annus, wo er ſo allgemein gebraucht wird, auf den Annus totius populi bezogen werden müſſe, erhellt auch daraus, daß grade in Beziehung auf Klaganſtellung und Proceßführung ſich dieſe Bezeichnungen bei den Alten finden. Namentlich gehört hierhin die merkwürdige Stelle des Juvenalis, Sat. 16, v. 35 sq.:

»Praemia nunc alia, atque alia emolumenta notemus
Sacramentorum, convallem ruris aviti
Improbus, aut campum mihi si vicinus ademit,
Aut sacrum effodit medio de limite saxum
Quod mea cum vetulo coluit puls annua libo,
Debitor aut sumtos pergit non reddere nummos,
Vana supervacui dicens chirographa ligni:

10) L. 15. §. 6. D. 43, 24, Quod vi aut clam.

Exspectandus erit, qui lites inchoet annus
Totius populi; sed tunc quoque mille ferenda
Taedia, mille morae, toties subsellia tantum
Sternuntur, ...
Ast illis, quos arma tegunt et balteus ambit,
Quod placitum est, illis praestatur tempus agendi,
Nec res atteritur longo sufflamine litis.«

Auch Servius (ad Virgilii Aeneid. II, 102.) bemerkt mit ausdrücklicher Bezugnahme auf diese Stelle Juvenals:

»In ordinem dicebantur causae propter multitudinem vel tumultum festinantium, quum erat annus litium.«

Aus den von Juvenal angeführten Beispielen erhellt, daß von Actiones civiles die Rede war, »quas perpetuo Praetor solet accommodare.« Wenn nun aber auch aus dem Gegensatze des »intra annum dare« sich ergibt, daß jene Klagen vor jedem Prätor, oder in jedem Gerichtsjahre angebracht werden durften, so ist doch damit keineswegs gesagt, daß sie auch zu jeder Zeit des Jahres angestellt werden konnten. Der große Geschäftskreis des Prätors verlangte vielmehr eine festbestimmte Ordnung, die wir aus den angeführten Stellen näher kennen lernen. Es mußten nämlich jene Actiones perpetuae gleich zu Anfang des neuen Annus litium angemeldet werden, worauf die Reihenfolge, in welcher sie zur Verhandlung kommen sollten, bestimmt ward; so daß jeder Kläger nachgehends ruhig zu warten hatte, bis die Reihe ihn traf. Was aber den Miles anlangte, so war dieser auch in der Hinsicht bevorzugt, daß er zu jeder Zeit im Jahre mit seiner Klage gehört werden mußte, und jenen Verzögerungen nicht unterworfen war.

Bei dieser durchgreifenden Einrichtung des Annus litium ist es nun um so eher begreiflich, wie jene Aussprüche über das »intra annum dare« hinsichtlich der aus der Juris-

Digitized by Google

dictio des Prätors fließenden Klagen sich nur auf das bürgerliche Jahr der jedesmaligen Prätur beziehen. Dagegen kann aber der Natur der Sache nach nicht angenommen werden, daß die Bestimmungen über den Ordo des Annus litium sich auch auf die prätorischen Actiones annuae bezogen, indem ja erst im Laufe des Jahres die Fälle eintraten, für welche allein der Prätor kraft seines Imperium eine Actio versprach, und deren Verfolgung er in der Regel nicht auf die Zeit »post annum«, namentlich auf den Anfang des nächsten Annus litium verweisen konnte [11]).

---

11) Wenn nach allem Angeführten es als erwiesen angesehen werden darf, daß das »intra annum« sich auf das laufende Jahr der Magistratur, oder das bürgerliche Jahr bezieht, so ist nur noch zu bemerken, daß, wo ein natürliches Jahr von 365 Tagen gemeint ist, solches gewöhnlich ausdrücklich bemerkt wird. So heißt es u. a. bei Ulpianus, lib. 18 ad edictum, l. 21. D. 9, 2, Ad legem Aquiliam: »Ait lex: quanti is homo in eo anno plurimi fuisset. — Annus autem retrorsus computatur, ex quo quis occisus est«; und bei Julianus, lib. 86 digestorum, l. 51. D. e. t. wird in dieser Beziehung ausdrücklich hinzugefügt: »repetitis ex die vulneris tercentum sexaginta quinque diebus.« — Auch wenn in autonomischen Bestimmungen vom Annus die Rede war, z. B. »Stichus, si heredi meo anno servierit, liber esto«; ward regelmäßig ein Annus verstanden, »qui ex continuis diebus trecentis sexaginta quinque constat.« Cfr. Paulus, lib. 5 ad Sabinum, l. 4. §. 5. D. 40, 7, de statu liberis. — Dasselbe galt auch vom Annus usucapionis, bei welchem im Verhältniß zu dem obigen Annus der Actiones temporales auch noch die Verschiedenheit eintrat, daß jener civiliter, dieser aber in der Art naturaliter berechnet ward, daß der ganze letzte December bis zur vollendeten sexta hora noctis dem Klagberechtigten zu Gute kam, weil das Imperium des Magistratus bis zum letzten Augenblicke des Jahres dauerte, und erst mit demselben auch das Klagerecht erlosch. Daher sagt Paulus, lib. 4 ad Sabinum, l. 6. D. 44, 7, de obl. et action.: »In omnibus temporalibus actionibus, nisi novissimus totus dies compleatur, non finit obligationem«; was unpassend ausgedrückt wäre, wenn ein natürliches Jahr von 365

Digitized by Google

Allein ausnahmsweise gab es prätorische Klagen, welche auch post annum, und überhaupt gleich den CivilKlagen perpetuo gegeben wurden. Letzteres war meistens, jedoch nicht immer der Fall, wenn der Prätor schlechthin nur ein Judicium versprach [12]); während von einem Judicium post annum nur im Gegensatze des intra annum im Edict die Rede war. In den rechtlichen Wirkungen aber war zwischen den Fällen, wo stillschweigend perpetuo und ausdrücklich post annum eine Klage gegeben ward, kein Unterschied.

Tagen hier gemeint wäre, indem alsdann bis zum wiederkehrenden Moment gerechnet werden müßte. In einem ganz andern Sinne sagt aber Ulpianus, lib. 11 ad edictum, l. 6. D. 41, 3, de usurpationibus et usucapionibus: »In usucapionibus non a momento ad momentum, sed totum postremum diem computamus«; wie aus den Worten des Venulejus erhellt in l. 15. pr. D. 44, 3, de diversis temporalibus praescriptionibus: »In usucapione ita servatur, ut etiam si minimo momento novissimi diei possessa sit res, nihilominus repleatur usucapio, nec totus dies exigitur ad explendum constitutum tempus.« Daß die Neuern seit Erb die ältere Theorie vom Annus civilis der Usucapio mit Unrecht aufgegeben haben, erhellt schon aus dem Angeführten. Hier mag in Beziehung auf unsern Fall nur noch die Bemerkung Platz finden, daß es wohl nicht bloßer Zufall ist, daß die Beispiele, an welchen das Abweichende der Computatio civilis nachgewiesen werden soll, stets von den Calenden des Januars entlehnt sind. Cfr. l. 7. D. 41, 3; l. 5. D. 28, 1, Qui testamenta facere possunt.

12) So sagte der Prätor de his, qui dejecerint vel effuderint, l. 1. pr. D. 9, 3, nur überhaupt: »in duplum judicium dabo.« Ulpianus lib. 23 ad edictum, fügt l. 5. §. 5. e. t. hinzu: »Haec autem actio, quae competit de effusis et dejectis perpetua est.« — Gleichfalls hieß es im Edict (l. 1. pr. D. 4, 9.): »Nautae, caupones, stabularii, quod cujusque salvum fore receperint, nisi restituant, in eos judicium dabo«; und Ulpianus, lib. 18 ad edict. l. 7. §. 6. D. e. t. bemerkt: »Haec judicia, quamvis honoraria sunt, tamen perpetua sunt.« Etc. etc.

Digitized by Google

Schon die Worte des Prätors: »post annum judicium dabo«, beweisen, daß der Prätor, welcher ja nicht ein Judicium für die Zeit versprechen konnte, wo er nicht mehr das Imperium hatte, jene Bezeichnung nicht in Beziehung auf sich, sondern auf den Klagberechtigten gebraucht, daß er demnach, wenn er zunächst intra annum ein Judicium, z. B. in quadruplum versprach, denjenigen im Auge hatte, dessen Klagerecht erst während des laufenden Jahres der Prätur begründet ward, oder wenigstens geltend gemacht werden konnte, hingegen, wenn er post annum ein Judicium in simplum gelobte, er denjenigen meinte, welcher das eigentliche Klagejahr ungenutzt hatte vorübergehen lassen, dem jedoch nachträglich noch eine Klage auf einfachen Ersatz gestattet seyn sollte. —

Fragen wir nun, was den Prätor veranlaßte, nicht bloß denen, welche während seiner Prätur in die Lage kamen, seines Schutzes zu bedürfen, sondern auch solchen, welche schon unter den frühern Prätoren klagberechtigt gewesen waren, sich aber ihrer Klagerechte nicht bedient hatten, eine Klage zu versprechen, demnach intra annum und post annum Judicia zu geben, und in letzter Hinsicht das Jus legitimum und dessen Actiones perpetuae nachzuahmen; so war es offenbar die Aequitas und Utilitas, welche wie die prätorischen Klagen überhaupt, so auch die Perpetuirlichkeit vieler derselben hervorrief.

Vor allem war es jener allgemeine, namentlich auch in der Lehre von der Ignorantia juris[13]) anerkannte Grundsatz der Aequitas, daß man dem, welcher kein Lucrum suche, sondern nur ein Damnum vermeiden wolle, möglichst zu

13) Papinianus, lib. 19 quaestionum, l. 7. D. 22, 5, de juris et facti ignorantia: »Juris ignorantia non prodest adquirere volentibus, suum vero petentibus non nocet.« Idem, lib. 1 definitionum, l. 8. e. t.: »Omnibus juris error in damnis amittendae rei suae non nocet.«

Digitized by Google

Hülfe kommen müsse, welcher den Prätor veranlaßte, demjenigen, welcher, vielleicht auch aus Rechtsirrthum, das eigentliche Jahr der Klage verabsäumt hatte, und doch nur das Seine suchte, nur das, was ihm an seinem Vermögen, seiner Res, fehlte, wieder haben wollte, nachträglich post annum eine Klage zuzusichern. Deshalb wurden alle Klagen, welche eine rei persecutio enthielten, vom Prätor auch post annum gegeben; wie Paulus, lib. 1 ad edictum [14]) bemerkt:

> »In honorariis actionibus sic esse definiendum, Cassius ait, ut quae rei persecutionem habeant, hae etiam post annum darentur, caeterae intra annum. — Illae autem rei persecutionem continent, quibus persequimur, quod ex patrimonio nobis abest.«

Als Gegensatz dieses Princips ergab sich von selbst die Regel, daß, wenn eine vom Prätor gestattete Klage ein Lucrum des Klägers bezweckte, wie namentlich bei den PönalKlagen der Fall war, diese nur intra annum, und nicht nachträglich auch post annum gegeben ward [15]).

---

14) L. 35. D. 44, 7, de obligat. et action. Ulpianus, lib. 44 ad edict. l. 3. §. 1. D. 38, 5, Si quid in fraudem patroni: »Haec actio (Faviana) in perpetuum datur, quia habet rei persecutionem.« Idem, lib. 14 ad edict. l. 3. §. 4. D. 4, 9: »Haec actio (de recepto) rei persecutionem continet, ut Pomponius ait, et ideo et in heredem et perpetuo dabitur.« Etc. etc.

15) Daher heißt es z. B. bei Ulpianus, lib. 1 ad edictum, l. 1. §. 4. D. 2, 3, Si quis jus dicenti non obtemperaverit: »Hoc judicium — cum meram poenam contineat, neque post annum, neque in heredem datur.« Ebenfalls lib. 12 ad edict. l. 9. §. 1. D. 27, 6, Quod falso tutore auctore gestum esse dicatur: »Has in factum actiones in heredes non reddi, Labeo scribit, nec in ipsum post annum, quoniam et factum puniunt, et in dolum concipiuntur.«

Digitized by Google

Es litt aber diese Regel da eine Ausnahme, wo der Prätor aus besondern Gründen auch eine Pönalklage nicht intra annum, sondern schlechthin, also perpetuo gegeben hatte; wie dieß namentlich der Fall war mit der Actio furti manifesti. Denn wenn diese auch in quadruplum ging, so dauerte sie doch, weil sie die Stelle der Poena capitalis der Zwölftafeln vertrat, perpetuo. Daher sagt Gajus, Comm. 4. §. 111:

> »Aliquando tamen (praetoriae actiones) imitantur jus legitimum: quales sunt eae, quas bonorum possessoribus, ceterisque qui heredis loco sunt accommodat. Furti quoque manifesti actio, quamvis ex ipsius Praetoris jurisdictione proficiscatur, perpetuo datur, et merito, cum pro capitali poena pecuniaria constituta sit.«

Dasselbe wiederholt auch Justinian [16]), mit der Bemerkung:

> »Absurdum enim esse existimavit (Praetor), anno eam terminari.«

Auch die Actio de servo corrupto war eine perpetua, obschon sie aufs Duplum ging [17]); was sich aus dem Hasse gegen die Verführer der Sclaven, und aus der Nothwendigkeit sich gegen dieselben möglichst zu sichern, von selbst erklärt. Imgleichen war die Actio de effusis et dejectis, ungeachtet sie ebenfalls aufs Duplum ging, in der Regel doch perpetua; wofür als Grund der besondere Nutzen dieser Klage für die öffentliche Sicherheit angeführt ward, wie Ulpianus, lib. 23 ad edictum [18]) bemerkt:

> »Summa cum utilitate Praetorem id edixisse, nemo est qui neget; publice

16) pr. I. 4, 12, de perpetuis et temporal. actionibus.

17) Ulpianus, lib. 23 ad edict. l. 1. pr. l. 13. pr. D. 11, 3, de servo corrupto.

18) L. 1. §. 1. D. 9, 3, de his qui effuderint, vel dejecerint.

Digitized by Google

enim utile est, sine metu et periculo per itinera commeari.

Ausnahmsweise ward jedoch auch diese Klage nur intra annum gegeben, nämlich in dem Falle, wo sie als Actio popularis jedem aus dem Volke gegeben ward; indem hinsichtlich dieser Klagen es sich von selbst verstand, daß sie nur intra annum gegeben wurden [19]). In jener Beziehung heißt es bei Ulpianus, lib. 23 ad edictum [20]):

»Haec autem actio de effusis et dejectis perpetua est. — Quae autem de eo competit, quod liber periisse dicitur, intra annum dumtaxat competit — nam est — popularis. — Sed si libero nocitum sit, ipsi perpetua erit actio; sed si alius velit experiri, annua erit haec actio; nec enim heredibus jure hereditario competit, quippe quod in corpore libero damni datur, jure hereditario transire ad successores non debet, quasi non sit damnum pecuniarium.

Wenn es nun aber auf der einen Seite Actiones praetoriae poenales gab, welche post annum angestellt werden konnten, so auf der andern Seite auch gewisse prätorische Klagen mit einer Rei persecutio, welche nur intra annum gegeben wurden. Hierhin gehörten insbesondere die Actio de peculio annalis, so wie ursprünglich auch die verschiedenen Klagen, welche unmittelbar oder mittelbar auf In integrum restitutio gerichtet waren. Was die erstere Klage betrifft, welche bekanntlich statt fand, wenn durch Tod oder Veräußerung des Sclaven das Peculium nach streng-

19) Ulpianus, lib. 1 ad edictum, l. 8. D. 47, 23, de popular. actionib.: »Omnes populares actiones neque in heredes dantur, neque supra annum extenduntur.« Daher sind die Popularklagen de sepulchro violato etc. etc. nur annales, obschon das intra annum im Edict nicht ausdrücklich hinzugefügt ward; was bei dem anerkannten Princip unnöthig war.

20) L. 5. §. 5. D. 9, 3.

Digitized by Google

civilrechtlichen Begriffen weggefallen war, so mußte es hinreichend erscheinen, wenn die PeculienKlagen noch bis zum Jahresschluß fortdauerten, indem eine Perpetuirlichkeit der Klagen leicht sehr drückend hätte werden können; weshalb denn auch Ulpianus, lib. 29 ad edictum [21]) bemerkt:

»Merito autem temporariam in hoc casu fecit Praetor actionem; nam cum morte vel alienatione extinguitur peculium, sufficiebat usque ad annum produci obligationem.«

Imgleichen rechtfertigte es sich von selbst, daß die Klagen auf In integrum restitutio in der Regel nicht perpetuo dauerten; indem derjenige, welcher aus einem gültigen Rechtsgeschäft Rechte erworben hatte, ohne große Unbilligkeit nicht fortwährend der Gefahr der Rescission des Geschäftes in Folge nachgesuchter In integrum restitutio ausgesetzt seyn konnte; das Bedürfniß eines gesicherten Rechtszustandes vielmehr durchaus verlangte, daß die Befugniß zur Anfechtung ipso jure gültiger Rechtsverhältnisse an eine bestimmte Zeitfrist gebunden sey. Daher gab es nur einen Fall, wo die Klage auf In int. restitutio ohne weiteres eine perpetua war, nämlich die Klage, welche der Prätor im Fall einer Capitis deminutio minima gab, »perinde quasi id factum non sit« [21a]). Denn hier handelte es sich nicht um eine wirkliche Rescission der Jure civili gültigen Capitis deminutio, sondern nur um eine prätorische Fiction, in Folge der die Capitis deminutio unbeachtet blieb, und daher bloß indirect und uneigentlich eine I. i. restitutio eintrat. Deshalb gilt auch noch jetzt, was Ulpianus, lib. 12 ad edictum [21b]) schrieb:

»Hoc judicium perpetuum est et in heredes et heredibus datur.«

---

21) L. 1. §. 3. D. 15, 2, Quando de peculio actio annalis est.

21a) L. 2. §. 1. D. 4, 5, de capite minutis.

21b) L. 2. §. 5. D. e. t.

Digitized by Google

Aber auch jene nur intra annum gestatteten persecutorischen Klagen waren auf der andern Seite vom Prätor wieder darin begünstigt, daß er hier das Jahr der Klage utiliter bestimmte, d. i. die Klage gab »intra annum, quo primum de ea re experiundi potestas erit« 22).

22) L. 1. pr. D. 15, 2: »Praetor ait: Post annum ejus, qui in alterius potestate fuerit, posteave quam is emancipatus, manumissus, alienatus fuerit, duntaxat de peculio et si quid dolo malo ejus, in cujus potestate est, factum erit, quominus peculii esset, in anno, quo primum de ea re experiundi potestas erit, judicium dabo.« L. 1. §. 1. D. 4, 6, Ex quibus causis majores i. i. restituuntur: »Verba autem edicti talia sunt: Si cujus quid de bonis, cum is metu, aut sine dolo malo reipublicae causa abesset, inve vinculis, servitute hostiumque potestate esset, sive cujus actionis eorum, cui dies exisse dicetur etc. — earum rerum actionem intra annum, quo primum de ea re experiundi potestas erit, item si qua alia mihi justa causa esse videbitur, in integrum restituam etc.« Ungeachtet in Betreff der Minores XXV annis der Prätor nur allgemein edicirt hatte: »Quod cum minore quam XXV annis natu gestum esse dicetur, uti quaeque res erit, animadvertam« (L. 1. §. 1. D. 4, 4, de minoribus XXV annis); so war doch auch hier ein »utile tempus restitutionis« hergebracht. Cfr. Scaevola, lib. 2 digestorum, l. 39. pr. D. e. t. Die Rescission derjenigen Geschäfte, »quae in fraudem creditorum gesta sunt«, war dagegen ebenfalls ausdrücklich an einen Annus utilis geknüpft, indem auch hier die Klage »intra annum, quo primum de ea re experiundi potestas fuerit«, versprochen ward. Cfr. l. 1. pr. l. 10. pr. D. 42, 8, h. t. — Von der ebenfalls auf eine I. int. restitutio gerichteten Klage aus der Alienatio judicii mutandi causa facta heißt es bei Ulpianus lib. 4 ad edictum, l. 4. §. 6. l. 6. D. 4, 7, h. t.: »Haec actio non est poenalis, sed rei persecutionem arbitrio judicis continet; quare et heredi dabitur; in heredem autem, vel post annum non dabitur«; wozu l. 7. e. t. aus Gajus lib. 4 ad edict. provinc. hinzugefügt wird: »Quia pertinet quidem ad rei persecutionem, videtur autem ex delicto da-

Digitized by Google

Daſſelbe trat aber auch bei gewiſſen Pönal-Klagen ein, welche freilich nicht, wie die Actio furti manifesti, de servo corrupto, de effusis et dejectis, perpetuo gegeben wurden, allein doch wegen der von Seiten des Beklagten bewieſenen Schlechtigkeit eine ſolche Begünſtigung zu verdienen ſchienen, daß auch hier dem Klagberechtigten ein Annus utilis gegeben ward. Dies galt namentlich von der Actio damni in turba dati [23]); vi bonorum raptorum [24]), de raptu ex incendio, ruina, naufragio, rate, nave expugnata [25]); — und der Actio quod metus causa [25a]).

---

ri.« — (S. a. Pomponius, l. 16. D. 39, 3.). Daß der hier eintretende Annus ein utilis ſey, wird nicht ausdrücklich geſagt; allein da alle I. i. restitutiones causa cognita ertheilt werden, »scilicet ut justitiam earum causarum (Praetor) examinet, an verae sint, quarum nomine singulis subvenit« (Cfr. Modestinus, lib. 1 pandectarum, l. 3. D. 4, 1, de in integr. restit.); ſo liegt es um ſo näher, daß zugleich die justa causa der Verzögerung der Klage geprüft ward, und daher auch bei dieſer Klage auf I. i. restitutio der Annus ein utilis war.

23) L. 4. pr. D. 47, 8, Vi bonorum raptorum et de turba: »Ait Praetor: Cujus dolo malo in turba damnum quid factum esse dicetur, in eum in anno, quo primum de ea re experiundi potestas fuerit, in duplum, post annum in simplum judicium dabo.«

24) Ulpianus, lib. 56 ad edict. l. 4. §. 8. D. c. t.: »Sed et hoc, et illud (edictum, vi bonorum raptorum) intra annum tribuit experiundi facultatem, post annum in simplum competit.«

25) L. 1. pr. D. 47, 9: »Praetor ait: In eum, qui ex incendio, ruina, naufragio, rate, nave expugnata quid rapuisse, recepisse dolo malo, damnive quid in his rebus dedisse dicetur, in quadruplum in anno, quo primum de ea re experiundi potestas fuerit, post annum in simplum judicium dabo.« Ulpianus, lib. 86 ad edictum fügt l. c. hinzu: »Hujus edicti utilitas evidens, et justissima severitas est: si quidem publice interest, nihil rapi ex hujusmodi casibus.«

25a) Dieſe Klage ging aufs Quadruplum nur für den Fall, »si

Digitized by Google

An beide Klassen der Actiones praetoriae intra annum utilem schlossen sich aber auch gewisse besonders begünstigte Interdicte an. Da sich das Imperium mixtum des Prätors besonders in den Interdicten äußerte [26]), das Bedürfniß eines festgeregelten Besitzstandes von den Römern tief erkannt ward, so waren die Interdicte vorzugsweise annua; obwohl ausnahmsweise perpetua [27]). Auch mußte bei solchen Interdicten,

quis non restituat«; daher hier um so eher ein Annus utilis angenommen werden konnte. Eigenthümlich war, daß die post annum versprochene in simplum actio nur causa cognita eintreten sollte, nämlich wenn keine andere Klage vorhanden war. Ulpianus, lib. 11 ad edictum, l. 14. §. 1, 2. D. 4, 2, Quod metus causa gestum erit, bemerkt: »Si quis non restituat, in quadruplum in eum judicium pollicetur. — Satis clementer cum reo Praetor egit, ut daret ei restituendi facultatem, si vult poenam evitare. Post annum vero in simplum actionem pollicetur; sed non semper, sed causa cognita. In causae autem cognitione versatur, ut si alia actio non sit, tunc haec datur; et sane cum per metum facta injuria anno et quidem utili exoleverit, idonea esse causa debet, ut post annum actio haec dari debeat.« Auch die Actio doli, welche, insofern sie infamirte, poenalis war, ward ursprünglich nach l. un. C. Theod. 2, 15, de dolo malo, intra annum utilem gegeben; was schon ihre Stellung zur I. i. restitutio wahrscheinlich macht. Dem möchte aber widerstreiten l. l. §. 6. D. 4, 3, de dolo malo: »Idem Pomponius refert, Labeonem existimare, si alia actio tempore finita sit, hanc competere non debere, sibi imputaturo eo, qui agere supersedit, nisi in hoc quoque dolus malus admissus sit, ut tempus exiret.« Allein indem bei der Actio doli ein Annus utilis eintrat, war es an sich ja recht wohl möglich, daß nach dem Ablauf des gewöhnlichen Klagejahrs oder einer kürzern Zeit noch diese Klage eintrat.

26) Ulpianus, lib. 2 de officio quaestoris, l. 3. D. 2, 1, de jurisdictione. Gajus, 4, 139.

27) Ulpianus, lib. 67 ad edictum, l. l. §. 4. D. 43, 1, de interdictis: »Interdictorum quaedam annalia sunt, quae-

Digitized by Google

welche sich auf den Schutz der Juris quasi possessio bezogen, und wo die Zeit der Ausübung des Rechtes in Betracht kam,

---

dam perpetua.« Vom Interdicte de tabulis exhibendis sagt Ulpianus, lib. 68 ad edict. l. 3. §. 16. D. 43, 5. h. t.: »Interdictum hoc et post annum competere constat.« Vom Interdictum, Ne vis fiat ei, qui in possessionem missus erit, bemerkt ebenfalls Ulpianus, lib. 72 ad edict. l. 1. §. 8. D. 43, 4. h. t.: »Hanc actionem excepta legatorum missione, intra annum competere, et non postea, sciendum est, cum sit poenalis.« Höchst wahrscheinlich waren auch die Interdicta Quorum bonorum und Quod legatorum perpetua, da in Beziehung auf erbrechtliche Verhältnisse der Prätor überall das Jus civile möglichst nachahmte, und hier eine mit der Dauer intra annum nicht wohl vereinbarliche Vererbung eintrat. Cfr. l. 1. §. 3. D. 43, 3, quod legatorum. Alle übrigen Interdicte scheinen annua gewesen zu seyn, nur daß bei ihnen gilt, was Paulus, lib. 67 ad edictum, l. 4. D. 43, 1, bemerkt: »Ex quibus causis annua interdicta sunt, ex his de eo, quod ad eum, cum quo agitur, pervenit post annum judicium dandum, Sabinus respondit.« Daher heißt es auch l. 1. pr. D. 43, 16, de vi et de vi armata: »Praetor ait: Unde tu illum vi dejecisti aut familia tua dejecit, de eo, quaeque ille tunc ibi habuit, tantummodo intra annum, post annum de eo, quod ad eum, qui vi dejecit, pervenerit, judicium dabo.« Da hier eine persecutorische Actio in factum ex causa interdicti statt fand, so erklärt sich jene Bestimmung schon aus dem Grundsatz von der Persecutio rei bei den Actiones praetoriae; weshalb denn auch Ulpianus, lib. 69 ad edictum, l. 1. §. 48. u. l. 3. §. 2. D. 43, 16, anführt: »Ex causa hujus interdicti in heredem — in factum actio competit in id, quod ad eos pervenit. — Haec actio — perpetuo competit, quia in ea rei persecutio continetur.« — Daß übrigens die Interdicte selbst, welche eine Rei persecutio enthielten, deshalb noch nicht post annum gegeben wurden, erhellt aus dem Interdictum de itinere actuque privato; indem es bei Paulus, lib. 63 ad edictum, l. 2. §. 2. D. 43, 1, heißt: »Quaedam interdicta rei persecutionem continent, veluti de itinere actuque privato; nam proprietatis causam

Digitized by Google

von selbst die Ausübung hoc anno, d. i. unter dem edicirenden Prätor, entscheiden, wenn nicht die Beschaffenheit des fraglichen Besitzrechtes auf eine frühere Zeit zurückzugehen nothwendig machte; weshalb bei der Aqua aestiva, bei der zur Zeit der Edicirung im Januar kein Besitzstand vorkommen konnte, auf den letztvergangenen Sommer, »uti priore aestate«, zurückgegangen werden mußte; worin zugleich ein Beweis liegt, daß unter dem hoc anno nicht ein volles vom Tage des Interdictes an zurückzurechnendes natürliches Jahr von 365 Tagen, sondern wiederum das nach dem Tage des Interdicts allerdings zu bestimmende bürgerliche GerichtsJahr zu suchen ist. Wer daher ein derartiges Interdict erwirkte, mußte nachweisen, daß er hoc anno, d. i. seit dem Anfang des laufenden Jahres der Prätur nec vi, nec clam, nec precario das fragliche Recht ausgeübt hatte, so daß ein derartiger Besitz im vorhergehenden Jahre ihm nicht zu statten kam [28]). Dasselbe gilt von dem Besitz beweglicher

continet hoc interdictum«; dagegen sagt aber Ulpianus, lib. 70 ad edictum, l. 3. pr. D. 43, 19, de itinere actuque privato, bemerkt: »— tamen interdictum tibi competere intra annum: quia hoc anno non vi, non clam, non precario usus es.« —

28) So sagte der Prätor (l. 1. pr. D. 43, 20, de aqua quotidiana et aestiva): »Uti hoc anno aquam, qua de agitur non vi, non clam, non precario ab illo duxisti, quo minus ita ducas, vim fieri veto.« Ulpianus, lib. 70 ad edictum, l. 1. §. 4, 15, h. t., bemerkt hierzu: »Quod autem scriptum est in interdicto: uti hoc anno aquam duxisti, hoc est non quotidie, sed hoc anno vel una die, vel nocte. Illud tamen hic intelligendum est, eodem modo Praetorem duci aquam jussisse, quo ducta est hoc anno.« (Ulpian fand es nicht nöthig, das hoc anno weiter zu erklären, so wenig, als wenn wir sagen: in diesem Jahre, wobei wir auch an dasselbe bürgerliche Jahr vom 1. Januar bis zum 1. Januar denken.) »Uti priore aestate« trat sowohl beim Interdictum de aqua aestiva, als beim Interdictum de rivis ein. (Cfr. l. 1. §. 29. D.

Sachen, hinsichtlich deſſen die major pars hujusce anni entſchied [29]).

Wenn nun aber auch bei den Interdicten vorzugsweiſe allein das laufende Jahr der Prätur in Betracht kam, und daher der Beſitzſtand hoc anno, die Impetrirung des Interdicts intra annum entſchied, ſo bewirkte doch der Widerwille gegen Vis und Clandestinitas, daß das Jahr der Prätur auch hier bisweilen ein Annus utilis war. Namentlich trat dieß ein bei dem Interdictum uti possidetis [30]), dem Interdictum quod vi aut

---

43, 20; l. 1. pr. D. 43, 21, de rivis); während es beim Interdictum de fonte (l. 1. pr. D. 43, 22,) wieder hieß: »Uti de eo fonte, quo de agitur, hoc anno nec vi, nec clam, nec precario ab illo usus es, quominus ita utaris, vim fieri veto.« Auffallend iſt, daß, während beim Interdictum de aqua quotidiana auch die Ausübung »hoc anno una die vel nocte« genügte, vom Interdictum de itinere actuque privato vel via, wo es ebenfalls heißt: »quo — hoc anno nec vi, nec clam, nec precario ab illo usus es, quominus ita utaris, vim fieri veto«, Ulpianus, lib. 70 ad edict. l. 1. §. 2. D. 43, 19, anführt: »Si modo anno usus est vel modico tempore, id est, non minus quam triginta diebus.« Da aus einem einmaligen Gebrauch eines Weges nicht, wie aus einem einmaligen Gebrauch einer Waſſerleitung, auf einen wirklichen Beſitzſtand geſchloſſen werden konnte, ſo erklärt ſich von ſelbſt jene durch den Gerichtsgebrauch herbeigeführte Verſchiedenheit. — Daß die Worte Ulpian's, l. 1. §. 3. e. t. »Annum ex die interdicti retrorsum computare debemus«, nur die Zeit bezeichnen ſollen, innerhalb der man nec vi nec clam etc. beſeſſen haben müſſe, erhellt namentlich aus dem von ihm l. 3. pr. e. t. Angeführten, wo es heißt, daß, wenn Jemand Anfangs recte beſaß, ſpäter clam, »tamen interdictum tibi competere intra annum, quia hoc anno non vi, non clam, non precario usus es.«

29) L. 1. pr. D. 43, 31, de Utrubi.

30) L. 1. pr. D. 43, 17, Uti possidetis: »Ait Praetor: Uti eas aedes, quibus de agitur, nec vi, nec clam, nec precario alter ab altero possidetis; quo minus ita possidetis, vim

Digitized by Google

clam [31]), und dem Interdictum unde vi [31a]). —

Endlich tritt der Annus utilis uns noch in einem Falle entgegen, der auf die gewöhnliche falsche Auffassung dieser ganzen Lehre bei den Neuern den entschiedensten Einfluß gehabt hat, und den wir daher etwas genauer betrachten müssen, und zwar in seinem Zusammenhange mit den Dies utiles. Den Ursprung dieser letztern Einrichtung haben wir in dem altcivilrechtlichen Institut der Cretio vulgaris zu suchen, worüber uns ausführlich berichtet Gajus, Comm. II, §. 164—173 [32]):

---

fieri veto. — neque pluris, quam quanti res erit, intra annum, quo primum experiundi potestas fuerit, agere permittam.«

31) L. 1. pr. D. 43, 24, Quod vi aut clam: »Praetor ait: Quod vi aut clam factum est, qua de re agitur, id, cum experiundi potestas est, restituas.« Ulpianus, lib. 71 ad edictum, l. 15. §. 3—5. D. e. t.: »Hoc interdictum in heredem caeterosque successores datur in id, quod ad eos pervenit, et post annum non competit.« — Wenn es l. 14. pr. D. 39, 3, de aqua et aquae pluviae arcendae, heißt: »Antaeus ait, si is, qui opus fecerit, potentiori vendiderit praedium, quatenus desierit dominus esse, agendum cum eo, quod vi aut clam: quod si annus praeterierit, de dolo judicium dandum«; so hebt sich der anscheinende Widerspruch mit der oben angeführten l. 1. §. 6. D. 4, 3, de dolo malo, dadurch, daß in der l. 14. von einem Interdictum tempore finitum die Rede ist, von welcher aber auf eine Actio tempore finita um so weniger geschlossen werden darf, als derartige, eine Rei persecutio enthaltende Actiones perpetuae sind, das Interdict aber intra annum, wenn auch utilem, angestellt werden muß, und daher der Prätor in der Causae cognitio die Actio doli hier für zulässig wohl erklären konnte.

31a) Ungeachtet in der Formel des Interdicts es nur schlechthin heißt: »intra annum — judicium dabo«; so sagt doch Ulpianus, lib. 69 ad edict. l. 1. §. 39. D. 43, 16, de vi et de vi armata: »Annus in hoc interdicto utilis est.«

32) S. a. Ulpiani fragmenta, Tit. 22, §. 27—34, u. mein Promptuarium Gajanum, s. v. Cernere.

Digitized by Google

»Extraneis heredibus solet cretio dari, id est, finis deliberandi, ut intra certum tempus vel adeant hereditatem, vel si non adeant, temporis fine summoveantur. — Cum ergo ita scriptum sit: Heres Titius esto, adjicere debemus: cernitoque in centum diebus proximis, quibus scies poterisque. quodni ita creveris, exheres esto. — Omnis cretio certis diebus constringatur; tamen alia cretio vulgaris vocatur, alia certorum dierum: vulgaris illa, quam supra exposuimus, id est, in qua dicantur haec verba: quibus sciet poteritque. Quarum cretionum magna differentia est. nam vulgari cretione data, nulli dies computantur, nisi quibus scierit quisque, se heredem esse institutum, et possit cernere. Certorum vero dierum cretione data, etiam nescienti se heredem institutum esse numerantur dies continui; item ei quoque, qui aliqua ex causa cernere prohibetur, et eo amplius ei, qui sub conditione heres institutus est, tempus numeratur. unde melius et aptius est, vulgari cretione uti. Continua haec cretio vocatur, quia continui dies numerantur. Sed quia tamen dura est haec cretio, altera magis in usu habetur; unde etiam vulgaris dicitur.«

Analog dieser testamentarischen Cretio bildete sich unstreitig schon früher das vom Prätor den, von den Erbschaftsgläubigern gedrängten Erben ertheilte Tempus deliberandi aus; wovon ebenfalls schon Gajus (Comm. II, §. 167, 170) sagt:

»Solet Praetor postulantibus hereditariis creditoribus tempus constituere, intra quod si velint adeant hereditatem; si minus, ut liceat credito-

Digitized by Google

ribus bona defuncti vendere. — Omnis autem cretio certo tempore constringitur. in quam rem tolerabile tempus visum est centum dierum; potest tamen nihilominus jure civili aut longius aut brevius tempus dari: longius tamen interdum Praetor coartat.«

Ohne Zweifel waren die centum dies, welche der Prätor auf die Bitte um ein Tempus ad deliberandum gewöhnlich ertheilte [33]), solche Dies der vulgaris cretio, d. i. quibus sciet *poteritque;* in welcher Beziehung die, erst durch Theodosius [34]) aufgehobene »Cretionum scrupulosa solennitas« wesentlich in Betracht kam. Seitdem konnte füglich diese Cretio vulgaris in eine continua verwandelt werden; was durch den spätern Gerichtsgebrauch von selbst eingetreten zu seyn scheint, indem Justinian [35]) das annale tempus deliberandi bei seiner Anordnung der Transmissio als einer schon bestehenden Einrichtung und in der Art gedenkt, daß füglich hierunter nur eine Cretio continua von 365 Dies continui verstanden werden kann, wie denn offenbar auch continui Dies triginta, sexaginta, etc. bei dem von ihm verordneten s. g. Beneficium inventarii gemeint sind [36]).

Was das Cernere für die Hereditas, war das Petere für die Bonorum possessio [37]); daher denn der

33) Ulpianus, lib. 60 ad edictum, l. 1. §. 1. 2. D. 28, 8, de jure deliberandi: »Ait Praetor: Si tempus ad deliberandum petet, dabo. Cum dicit tempus, nec adjicit diem, sine dubio ostendit, esse in jus dicentis potestate, quem diem praestituat.« Paulus, lib. 57 ad edict., l. 2. D. e. t.: »Itaque pauciores centum dierum non sunt dando.«

34) L. 17. C. 6, 30, de jure deliberandi.

35) L. 19. C. e. t.

36) L. 22. C. e. t.

37) »Petere bonorum possessionem« war die gewöhnliche technische Bezeichnung, wie wir sehen z. B. aus Gajus, II, 98;

Digitized by Google

Prätor analog dieſelben Grundſätze hier eintreten ließ; nur daß er eine ſolche beſtimmte Erklärung des successorium edictum wegen überall verlangte. Die centum dies der vulgaris cretio, ſo wie des alten Tempus deliberandi bildeten auch hier die Regel. Allein ausnahmsweiſe konnten die Parentes und Liberi intra annum die Bonorum possessio nachſuchen [38]).

Was nun zunächſt die gewöhnlichen centum dies betrifft, ſo ſind dieß offenbar dieſelben centum dies, quibus

---

III, 36, 37, 41 etc. L. 1. §. 3. D. 38, 6; l. 3. D. 38, 7; l. 4. l. 5. §. 1. D. 38, 15 etc. etc. Dem Petere entſpricht das Admittere, Dare, Accipere etc. Cfr. l. 1, 2. D. 38, 15, etc. — Von der Agnitio war beſonders im Gegenſatze der delata bon. possessio die Rede; z. B. l. 5. D. 38, 15.

38) Ulpiani Fragmenta, 28, 10: »Bonorum possessio datur parentibus et liberis intra annum, ex quo petere potuerunt: ceteris intra centum dies.« — §. 8—10. I. 3, 9, de bonorum possessionibus: »Quum igitur plures species successionum Praetor introduxisset, easque per ordinem disposuisset, et in unaquaque specie successionis saepe plures extent dispari gradu personae, ne actiones creditorum differentur, sed haberent, quas convenirent, et ne facile in possessionem bonorum defuncti mitterentur, et eo modo sibi consulerent, ideo petendae bonorum possessioni certum tempus praefinivit. — Liberis itaque et parentibus, tam naturalibus, quam adoptivis, in petenda bonorum possessione anni spatium, ceteris centum dierum dedit. Et si intra hoc tempus aliquis bonorum possessionem non petierit, ejusdem gradus personis accrescit, vel si nemo sit deinceps, ceteris bonorum possessionem perinde ex successorio edicto pollicetur, ac si is, qui praecedebat, ex eo numero non esset. Si quis itaque delatam sibi bonorum possessionem repudiaverit, non quousque tempus bonorum possessioni praefinitum excesserit, exspectatur, sed statim ceteri ex eodem edicto admittuntur. In petenda autem bonorum possessione dies utiles singuli considerantur.« Cfr. Ulpianus, lib. 49 ad edict., l. 1. §. 10. D. 38, 9, de successorio edicto.

Digitized by Google

sciet poteritque, welche bei der alten vulgaris cretio, so wie bei dem gewöhnlichen Tempus deliberandi vorkamen; wie denn auch ausdrücklich bezeugt wird, daß bei dem Tempus der zu admittirenden Bonorum possessio die singuli dies in der vorgedachten Weise utiles sind. So sagt Ulpianus, lib. 49 ad edictum [39]):

»Utile tempus est bonorum possessionum admittendarum. Ita autem utile tempus est, ut *singuli dies* in eo utiles sint; scilicet ut per singulos dies et scierit, et potuerit admittere; ceterum, quacunque die nescierit, aut non potuerit, nulla dubitatio est, quin dies ei non cedat.«

Daß nun aber daſſelbe auch von dem, den Liberi und Parentes geſtatteten Annus gelte, ſo daß ihnen 365 dies utiles zu Gute gerechnet werden müßten, iſt damit noch keineswegs erwieſen, ſo allgemein Solches auch von den Neuern angenommen worden iſt. Zunächſt wird nirgends behauptet, daß das fragliche Jahr hier aus 365 Tagen beſtehe, obſchon anderswo, wo ein natürliches Jahr von 365 Dies continui gemeint iſt, wie bei der Lex Aquilia, Solches regelmäßig ausdrücklich bemerklich gemacht wird, was hier mit um ſo größerem Rechte erwartet werden dürfte, je auffallender es ſeyn müßte, 365 durch einen Zeitraum von mehreren bürgerlichen und natürlichen Jahren vertheilte Tage ohne weiteres noch als Ein Jahr bezeichnet zu ſehen, und je weniger etwas Aehnliches ſich im ganzen Gebiete des Römiſchen Rechts nachweiſen läßt. Hiezu kommt, daß die Analogie der Cretio vulgaris nur auf die centum dies, nicht aber auf den Annus paßt, und keine Spur ſich findet, daß jene Cretio jemals auf 365 Dies utiles ausgedehnt worden ſey, was ſich auch um ſo weniger erwarten läßt, als eine ſolche Zahl von

39) L. 2. pr. D. 38, 15, Quis ordo in possessionibus servetur.

Digitized by Google

Dies utiles in keinerlei Zusammenhang mit der Römischen Gerichtsverfassung steht, indem der wichtige Wechsel der Magistratur nach 365 Dies continui an den Calenden des Januars statt fand. Unbegreiflich aber wäre es, wie die praktischtüchtigen Römer zu einer derartigen grundlosen und in ihren Wirkungen absurden Bestimmung hätten kommen sollen. Man denke sich, was es heißt, daß Liberi und Parentes vom Tage der erlangten Wissenschaft an noch 365 Dies utiles, die leicht einen Zeitraum von 2 bis 3 Jahren umfassen, sich über die Annahme der Bonorum possessio erklären konnten, welcher Zeitraum sich aber nicht selten in einen 4- bis 8jährigen erweitern mußte, da Julianus, lib. 28 digestorum [40]) anführt:

> »Filius non solum, si tanquam filius, sed et si tanquam adgnatus, vel tanquam cognatus ad bonorum possessionem vocatur, annuum spatium habet: sicuti pater filium manumisset, quamvis ut manumissor bonorum possessionem accipiat, tamen ad bonorum possessionem annuum spatium habet.

Vollends müßte eine derartige Freigebigkeit in der Agnitionsfrist der Bonorum possessio höchst auffallend seyn, da nicht nur durch die eben angeführte Bestimmung schon so reichlich für die Liberi und Parentes gesorgt war, sondern die Römer auch sonst so sehr darauf Bedacht nahmen, die lange Ungewißheit über die Rechtsverhältnisse der Bona defuncti zu Gunsten der Sacra domestica und der Creditores hereditarii zu vermeiden, zu welchem Ende ja theils die einjährige Usucapio lucrativa pro herede des ältern Rechts, theils das Tempus deliberandi des neuern Rechts diente, welches im spätern Rechte auch nur statt der frühern centum dies, wie oben bemerkt, auf ein Tempus continuum annale ausgedehnt ward.

40) L. 4. §. 1. D. e. t.

Digitized by Google

Allein, müssen wir fragen, sind wir denn genöthigt, den Römern eine solche wahrhaft unsinnige Bestimmung zuzuschreiben? Sie reden hier überall nur von einem annuum spatium, nirgends von 365 Dies utiles. Dieses darf an sich um so füglich auf das laufende Jahr der Prätur bezogen werden, als der zeitige Prätor es war, welcher die Bonorum possessio in seinem Edicte versprach, und die Bitte darum um so mehr an ihn gerichtet werden mußte; imgleichen Ulpian den für derartige Anträge gewöhnlichen Ausdruck intra annum auch hier gebraucht. Aber, wird entgegnet, es heißt ja doch: »Utile tempus est bonorum possessionum admittendarum«, was von dem Annus so gut gelten muß, als von den centum dies. Man beachte jedoch genauer die Worte Ulpians: »Bonorum possessio datur parentibus et liberis intra annum, ex quo petere potuerunt«, und erwäge den schon oben kürzlich angegebenen Begriff des Annus utilis, als des Annus, in quo primum experiundi potestas sit; so wird man eingestehen müssen, daß jener Annus für das Bonorum possessionem petere offensichtlich auch ein Annus utilis war, und daher unter den allgemeinen Begriff des utile tempus fällt. Noch möchte man einwenden, daß Ulpian in der angezogenen Stelle aus Lib. 49 ad edictum ausdrücklich bemerkte: »Ita autem utile tempus est, ut singuli dies in eo utiles sint«; daß demnach die 365 Tage des Jahrs allerdings utiliter gerechnet werden müßten. Man erwäge aber, daß hinsichtlich des fraglichen utile tempus sowohl von centum dies, als vom annuum spatium die Rede ist, daß demnach die Worte: ut singuli dies, sehr füglich auf die centum dies bezogen werden können, und daß dieses auch um so eher angenommen werden darf, als die nachfolgenden Worte: »scilicet ut per singulos dies et scierit et potuerit admittere«, offensichtlich auf die ähnliche Bestimmung über die centum dies der alten Cretio vulgaris gingen. Berücksichtigt man nun schließlich noch, daß diese Auslegung den bestehenden

Digitized by Google

Verhältnissen durchaus entspricht, die entgegenstehende aber zu Ergebnissen führt, welche wir uns niemals als praktisch gültig gewesen denken können, so fehlt aller Grund, jene hergebrachte falsche Ansicht von den 365 Dies utiles länger festzuhalten. Wir müssen vielmehr behaupten, daß an d- obengenannten Fälle des Annus utilis sich durchaus in gleichem Sinne auch der, den Liberi und Parentes für die Agnition der ihnen deferirten Bonorum possessio gestattete Annus anschließe, der ebenfalls nach der experiundi potestas sich bestimmt, so daß Liberi und Parentes unter dem Prätor die Bonorum possessio wirklich nachsuchen oder agnosciren müssen, unter dem sie zuerst dazu im Stande waren. Dieses vorausgesetzt, erklärt sich nun auch, wie den Liberi und Parentes bei den verschiedenen Berufungen immer von Neuem ein Jahr bewilligt werden konnte; indem namentlich die Liberi unter dem Ersten Prätor als Liberi, unter dem folgenden als Agnati, unter dem dritten als Cognati berufen wurden. Wenn die insbesondere in den folgenden Klassen mit ihnen concurrirenden Ceteri sich auch intra centum dies utiles erklären mußten, so blieb der etwaige Rest des Jahres doch jenen zur Erklärung noch offen; worin eben der den Liberi und Parentes eingeräumte Vorzug bestand, da die centum dies utiles nicht leicht das ganze Jahr der Prätur ausfüllten. Demnach bezieht sich denn auch der Unterschied zwischen derjenigen Bonorum possessio, »quae de plano peti potuit«, und derjenigen, »quae pro tribunali datur«, wie auch die Worte Ulpians[41])

41) L. 2. §. 1. 2. D. e. t.: »Dies bonorum possessionis utiles esse palam est: sed non sessionum numerabuntur, si modo ea sit bonorum possessio, quae de plano peti potuit. Quid si ea, quae causae cognitionem pro tribunali desiderat, vel quae decretum exposcit? sessiones erunt nobis computandae, quibus sedit is, quibusque per ipsum Praetorem factum non est, quo minus daret bonorum possessionem. — In bonorum possessione, quae pro tribunali datur, illud quaeritur, si se dedit quidem Praetor pro tribunali, sed postulationibus

Digitized by Google

besagen, lediglich nur auf die Dies bonorum possessionis utiles; so daß das Recht der Liberi und Parentes zur Agnition der Bonorum possessio intra annum in beiden Fällen dasselbe war, da sowohl das Imperium Praetoris überhaupt, als seine eigentliche Jurisdictio gleichzeitig mit dem Jahresschluß endeten.

Nachdem wir nun sämmtliche Fälle, in welchen in Beziehung auf den Prätor von einem utilis annus, oder einem Annus, »quo primum de ea re experiundi potestas erit«, die Rede ist, übersichtlich zusammengestellt haben, wird es erforderlich, das Wesen desselben näher zu erörtern; wobei es zunächst auf den Begriff der experiundi potestas ankommen muß. Hierüber haben wir eine besondere Erörterung aus Ulpianus, lib. 74 ad edictum [42]):

»Quia tractatus de utilibus diebus frequens est, videamus: quid sit: experiundi potestatem habere? Et quidem in primis exigendum est, ut sit facultas agendi: neque sufficit reo experiundi secum facere potestatem, vel habere eum, qui se idonee defendat, nisi actor quoque nulla idonea causa impediatur experiri. Proinde sive apud hostes sit, sive reipublicae causa absit, sive in vinculis sit, aut si tempestate in loco aliquo vel regione detineatur, ut neque experiri, neque mandare possit, experiundi potestatem non habet. Plane is, qui valetudine impeditur, ut mandare possit, in ea causa est, ut experiundi (non) habeat

non dederit responsum? potest dici tempus ad bonorum possessionem non cedere, cum Praeses aliis rebus, aut militaribus, aut custodiis, aut cognitionibus fuerit occupatus.«

42) L. 1. D. 44, 3, de diversis temporalibus praescriptionibus. Daß in dem Satze, der von der Valetudo handelt, offensichtlich ein non fehlt, hat schon Antonius Faber, conject. 5, 18 bemerkt.

Digitized by Google

potestatem. Illud utique neminem fugit, experiundi potestatem non habere eum, qui Praetoris copiam non habuit, proinde hi dies cedunt, quibus jus Praetor reddit.

Wenn Ulpian hier »de utilibus diebus« redet, so gebraucht er offenbar Dies im weitern Sinne für Zeitfristen überhaupt [43]), so daß er bei seiner Erörterung der experiundi potestas besonders den Hauptfall, wo dieselbe in Frage kam, nämlich den Annus utilis, im Auge hat; wenn gleich auch die Dies utiles im engern Sinne, welche singuli berechnet wurden, wie bei der Agnition der Bonorum possessio, nicht ausgeschlossen bleiben konnten, zumal jene Dies, »quibus sciet potueritque«, sich ebenfalls auf die experiundi potestas bezogen; weshalb auch die Schlußworte vorzüglich hierauf zu gehen scheinen. — Uebrigens stimmen mit den hier von Ulpian angeführten Verhinderungsgründen der Klaganstellung auch diejenigen Gründe im Ganzen überein, aus welchen entweder eine I. i. restitutio [44]), oder eine Einrede gegen die Klage aus der Cautio in judicio sisti [45]) ge-

43) Vgl. Brissonius, de V. S. s. v. Dies und mein Promptuarium Gajanum s. h. v.

44) Cfr. l. 1. D. 4, 1, de in integrum restitut.; l. 1. §. 1. D. 4, 6, Ex quibus causis majores vigintiquinque annis in integrum restituuntur.

45) Ulpianus, lib. 74 ad edict. l. 2. §. 1 sq. l. 4. §. 1 sq. D. 2, 11, Si quis cautionibus in judicio sistendi causa factis non obtemperaverit: »Si quis municipalis muneris causa sine suo dolo malo impeditus in judicio secundum suam promissionem non stetit, aequissimum est tribui ei exceptionem. Simili modo et si ad testimonium desideratus ad judicium occurrere non potuit, erit ei subveniendum. Si quis judicio se sisti promiserit et valetudine, vel tempestate, vel vi fluminis prohibitus se sistere non possit, exceptione adjuvatur, nec immerito. — — Si vinculis, vel custodia militari impeditus ideo non stetit, in ea erit causa, ut exceptione utatur. Praeterea si funere quis domestico impeditus non

Digitized by Google

geben würde. Bei allen diesen justae causae, »quibus actor impediatur experiri«, wurde nun aber, wie bei den Gründen der I. i. restitutio, eine Prüfung, eine Causae cognitio, nothwendig, und zwar, wie Modestinus, lib. 8. pandectarum [46]), in Betreff der I. i. restitutio bemerkt, »ut justitiam earum causarum (Praetor) examinet, an verae sint, quarum nomine singulis subvenit.« Diese Causae cognitio scheint nun regelmäßig auch hier vom Prätor ausgegangen zu seyn, indem Er es war, welcher schon in jure entschied, ob die Klage in dem rechten Klagejahr angestellt werde, oder ob, falls post annum geklagt wurde, in den Fällen des utilis annus Gründe vorlagen, die Exceptio annua zurückzuweisen und nicht in die Formel aufzunehmen; nur daß er unter Umständen auch dem Judex die Untersuchung überlassen konnte, wodurch dann der Exceptio annua eine Replicatio utilis anni entgegengestellt ward. Dieß führt uns auf einen merkwürdigen Unterschied, welcher zwischen den gedachten Gründen der Klagenverhinderung statt fand.

Justinian stellt nämlich in seiner berühmten, weiter unten zu erörternden Verordnung über die Verwandlung des utilis annus der Klage auf I. i. restitutio in ein Quadriennium continuum (l. 7. C. 2, 53.), der minor aetas in Beziehung auf die Majores XXV annis, das Tempus gleich, »in quo reipublicae causa abfuerint, vel aliis legitimis causis, quae veteribus legibus enumeratae sunt, fuerint occupati.« Hiernach sind gewisse Verhinderungsgründe als legitimae causae durch

venit, debet ei exceptio dari. Item si quis in servitute hostium fuerit ac per hoc in judicium non stetit, debet exceptione adjuvari.« Uebrigens versteht es sich von selbst, daß Mancher verhindert seyn konnte, »Judicio se sisti«, der wohl selbst oder durch einen Stellvertreter eine Klage anzustellen vermochte, so daß die Umstände hier zu erwägen sind.

46) L. 3. D. 4, 1.

Digitized by Google

Leges näher bestimmt gewesen, und an Bedeutung der minor aetas im Ganzen gleichgestellt. Dafür, daß Justinian hier von den legitimae causae im Sinne des ältern Pandekten-Rechtes redet, spricht insbesondere der Umstand, daß auch die minor aetas wiederholt von den ältern Juristen als legitima aetas und legitimum tempus aufgeführt wird [47]). Mit Grund ist von ältern und neuern Juristen angenommen, daß es die Lex Plaetoria war, welche die minor aetas gesetzlich bevorzugte und zu einem legitimum tempus erhob [48]). So wie nun aber in Folge dessen schon ipso jure die minor

47) Paulus, lib. 9 responsorum, l. 32. §. 2. D. 26, 2, de testamentaria tutela; Modestinus, lib. 2 responsor. l. 27. D. 3, 5, de negotiis gestis. Ulpianus, lib. 13 ad edictum, l. 19. D. 4, 4, de minoribus: »Interdum tamen successori plus quam annum dabimus, ut est edicto expressum, si forte aetas ipsius subveniat. Nam post annum vicesimum quintum habebit legitimum tempus: hoc enim ipso deceptus videtur, quod cum posset restitui intra tempus statutum ex persona defuncti, hoc non fecit.« Der Minor selbst würde post annum vicesimum quintum noch den Annus utilis haben, als das Tempus statutum; wenn nun aber der Heres desselben auch Minor ist, so kommt ihm sein legitimum tempus ebenfalls zu statten, so daß er noch post annum, d. i. nach dem Annus utilis des Erblassers klagen kann. Wenn jedoch dieser innerhalb des Annus utilis verstorben ist, so kommt dem Heres minor nach seinem zurückgelegten legitimum tempus, d. i. der minor aetas, nicht der ganze utilis annus als statutum tempus, sondern nur der von dem utilis annus des Erblassers gebliebene Rest zu gute, wie Ulpian l. c. bemerkt: »Plane si defunctus ad in integrum restitutionem modicum tempus ex anno utili habuit, huic heredi minori post annum vicesimum quintum completum non totum statutum tempus dabimus ad in integrum restitutionem, sed id dumtaxat tempus, quod habuit is, cui heres extitit.«

48) Brissonii selectae juris civilis, III, 2; Dionys. Gothofredus ad l. 27. D. 3, 5; Hugo, Rechtsgeschichte, 10. Aufl. S. 362 ff.

Digitized by Google

aetas als justa causa der I. i. restitutio angesehen ward, so ward sie auch als legitima causa, »qua actor impediatur experiri« anerkannt. Wo daher der Prätor eine Klage »intra annum, quo primum de ea re experiundi potestas fuerit«, versprochen hatte, da verstand es sich von selbst, daß dem Minor die Experiundi potestas fehlte, so daß das legitimum tempus der minor aetas dem Klagberechtigten zu Gute kam, und erst »post annum vicesimum quintum completum« für ihn das Jahr der Klage eintrat. Auf ähnliche Weise bevorzugte Justinian später auch die Liberi in potestate, nur daß während der Dauer der patria potestas ihnen überall keine Klagenverjährung laufen sollte [49]). Insbesondere scheinen nun aber schon nach ältern Leges die Militia und andere Fälle der Absentia rei publicae causa, sowie die Captio ab hostibus darin der minor aetas gleichgestanden zu haben, daß, wo »intra annum, quo primum de ea re experiundi potestas fuerit«, geklagt werden sollte, das Jahr der Klage auch hier schon ipso jure erst mit der Rückkehr begründet war; so daß vor derselben die mangelnde experiundi potestas sich von selbst verstand.

Dagegen bewirkten alle übrigen justae causae der Kla-

49) L. 1. §. 2. C. 7, 40, de annali exceptione Italici contractus tollenda, (de a. 530): »Ne autem imperfecta sanctio videatur, cum in maternis quidem rebus filiisfamilias tempora exceptionum currere dispositum erat, ex quo sacris paternis absoluti sunt, in aliis autem, quae minime acquiri possunt, hoc non fuerat specialiter constitutum, apertissima definitione sancimus, filiisfamilias in omnibus his casibus, in quibus habent res minime patribus suis acquisitas, nullam temporalem exceptionem opponi, nisi ex quo actionem movere potuerunt, id est, postquam manu paterna, vel ejus, in cujus potestate erant constituti, fuerint liberati. Quis enim incusare eos poterit, si hoc non fecerint, quod etsi maluerint, minime adimplere lege obviante valebant.«

Digitized by Google

genverhinderung, (wohin unter Umständen auch die Abwesenheit in PrivatGeschäften gehörte[49a]), so wie die aus der minor aetas und der Absentia rei publicae causa noch herrührende Unbekanntschaft mit den Verhältnissen), nicht ipso jure einen Aufschub des Annus: vielmehr trat dieser regelmäßig sofort mit der Actio nata ein; weshalb es z. B. bei Ulpianus, lib. 66 ad edictum[49b]) heißt:

> »Hujus actionis annum computamus utilem, quo experiundi potestas fuit, ex die factae venditionis.«

Allein wenn wegen mangelnder experiundi potestas nicht sofort intra annum, sondern erst post annum geklagt, und daher vom Gegner die Exceptio annua opponirt wurde, so ward dem Kläger im Fall des utilis annus Gelegenheit gegeben, die justa causa der Verzögerung replicando geltend zu machen, mochte nun die desfallsige Verhandlung in jure, oder in judicio statt finden, d. i. der Prätor causa cognita die Exceptio annua sofort zurückweisen, oder sie sowohl, als die aus dem utilis annus entlehnte Replicatio des Klägers zur Entscheidung des Judex verstellen. — Dieses galt gleichmäßig sowohl da, wo der Annus gleich mit der Actio nata, jedoch als Annus utilis, eintrat, als wo er in Folge einer Causa legitima erst später begründet war, die Anstellung der Klage intra annum aber auch dann noch ex justa causa verhindert ward. Daß daher auch in solchen Fällen von einer Exceptio annua die Rede seyn konnte, welche aber nur auf den Fall ging, daß der zur Zeit der Entfernung des gesetzlichen Abhaltungsgrundes laufende Annus litium für die Klage nicht benutzt ward, sehen wir namentlich aus einem

---

49a) L. 2. §. 8. D. 2, 11.

49b) L. 6. §. 14. D. 42, 8, Quae in fraudem creditorum facta sunt, ut restituantur. S. a. l. 10. §. 18. D. e. t.

Digitized by Google

Rescripte der Impp. Diocletianus und Maximianus an den Licinius [50]):

»Si ab hostibus cum patre ac matre captus, postea his ibi defunctis legis Corneliae beneficio reversus successiones eorum quaesisti, exemplo utilis actionis, quae in integrum restitutis datur, cum exceptionis annuae, quae huic objici solet, objectu res vindicare non prohiberis.«

Daß die Exceptio annua sich hier nicht auf die Zeit der Abwesenheit beziehen kann, sondern nur auf den mit der Rückkehr eintretenden Annus ergibt sich aus der Eigenthümlichkeit des Falles von selbst.

Dieser seither entwickelte Unterschied zwischen den legitimae causae der mangelnden Experiundi potestas und den übrigen justae causae, welcher hinsichtlich des Eintrittes des Jahres der Klage und der Begründung der Exceptio annua entscheidend ward, findet sich nun insbesondere bestätigt durch dasjenige, was über das Interdictum Quod vi aut clam sich bei Ulpianus, lib. 71 ad edictum [51]) ausgeführt findet. Hier heißt es:

»Hoc interdictum post annum non competit. Annus autem cedere incipit, ex quo id opus factum perfectum est aut fieri desiit, licet perfectum non sit; alioquin si a principio operis coepti annum quis numeret, necesse est, cum his, qui opus tardissime facerent, saepius agi. Sed si is sit locus, in quo opus factum est, qui facile non adiretur, utputa in sepulchro vi aut clam factum est vel in abdito alio loco, sed et si sub terra fieret opus, vel sub aqua,

50) L. 5. C. 2, 54, Quibus ex causis majores in int. restituuntur.

51) L. 15. §. 3—6. D. 43, 24, Quod vi aut clam.

vel cloaca aliquid factum sit, etiam post annum causa cognita annuam exceptionem remittendam, hoc est, magna et justa causa ignorantiae interveniente. Si quis reipublicae causa abfuisset, deinde reversus interdicto Quod vi aut clam uti vellet, verius est, non excludi anno eum, sed reversum annum habere. Nam si minor XXV annis reipublicae causa abesse coepisset, deinde major effectus sit, dum abest reipublicae causa, futurum, ut ex quo rediit, annus ei computetur, non ex quo implevit XXV annum: et ita Divus Pius et deinceps omnes Principes rescripserunt.

Aus dieser Stelle Ulpians ergibt sich zunächst, daß, sobald eine Klage oder ein Interdict nicht perpetuo gegeben ward, die Frage entstand, nach welchem Momente das Jahr der Klage bestimmt werde. In dieser Beziehung sollte hinsichtlich des Opus vi aut clam factum nicht der Anfang, sondern die letzte Arbeit an dem vollendeten oder liegengebliebenen Werke entscheiden; so daß in dem Jahre, in welchem solches stattgefunden, auch die Klage angestellt werden mußte; widrigenfalls ihr die annua exceptio entgegenstand. Wenn jedoch vom Kläger eine magna et justa causa ignorantiae nachgewiesen werden konnte, so sollte, causa cognita, auch noch post annum die Klage zugelassen oder die Exceptio annua zurückgewiesen werden. Für den, welcher reipublicae causa abwesend gewesen, war das Jahr der Rückkehr auch das Jahr der Klage, und es stand ihm daher nicht, gleich jenem, schon an sich eine Exceptio annua entgegen. Dasselbe galt von dem Minor, für den das Jahr, in welchem er Major ward, das Jahr der Klage war; es sei denn, daß er zu jener Zeit sich reipublicae causa abwesend befand, indem alsdann auch hier erst das Jahr der Rückkehr das der Klage war; jedoch mit allen Rechten eines utilis annus, so daß,

Digitized by Google

wenn er auch dann noch post annum klagte, die Exceptio annua ihm freilich entgegenstand, diese aber durch das Vorschützen einer justa causa, namentlich einer aus der minor aetas selbst oder der Absentia abgeleiteten Ignorantia zurückgewiesen werden konnte.

Verschieden nun von diesen Fällen des utilis annus, wo ohne weiteres die mangelnde Experiundi potestas berücksichtiget ward, waren diejenigen der Actiones annuae und temporales ohne einen utilis annus. Hier war an sich mit dem Ablauf des Jahres oder der Verjährungszeit überhaupt das Klagerecht verloren, konnte aber durch eine außerordentliche I. i. restitutio, wenn die für diese erforderliche justa causa nachgewiesen wurde, wieder hergestellt werden; von welcher I. i. restitutio beim utilis annus natürlich um deswillen nicht die Rede war, weil die Berücksichtigung der gerechten Verhinderungsgründe sich schon von selbst verstand. Die Möglichkeit jener I. i. restitutio gegen den Ablauf der Verjährungsfristen spricht der Prätor selbst ausdrücklich aus, wenn er edicirt [52]):

»Sive cujus actionis eorum, cui dies exisse dicetur — earum rerum actionem intra annum, quo primum de ea re experiundi potestas erit, — in integrum restituam.«

Auch wird im Einzelnen erwähnt, daß gegen den Verlust der temporales actiones namentlich wegen Militia und Absentia rei publicae causa eine I. i. restitutio verliehen werde. So rescribirte z. B. Imp. Alexander [53]):

»Temporalibus actionibus exclusis, mulieribus, quae cum maritis reipublicae causa absentibus peregrinatae sunt, ad exemplum militum subveniri solere, non est ignotum.«

52) L. 1. §. 1. D. 4, 6, Ex quibus causis majores XXV annis i. i. restituuntur.

53) L. 1. C. 2, 52, de uxoribus militum.

Digitized by Google

Hinsichtlich dieser Restitutionen ist jedoch nicht zu übersehen, daß gegen den Ablauf der gewöhnlichen einjährigen Verjährungszeit der PönalKlagen eine I. i. restitutio nicht ertheilt werden konnte, weil hier kein eigentliches Damnum in Frage stand. Daher machen auch die Impp. Diocletianus und Maximianus in einem Rescripte die Actio injuriarum unbedingt von dem Ablauf des Jahres der Verjährung abhängig, ohne der Möglichkeit einer I. i. restitutio zu gedenken [54]).

Seither haben wir nun die Bedeutung des Annus und insbesondere des utilis annus für die prätorischen Klagen im Systeme des klassischen PandektenRechts nachzuweisen gesucht. Was aber die theilweise spätere Umgestaltung dieses Institutes betrifft, so beruhte diese theils darauf, daß seit

---

54) L. 3. C. 9, 35, de injuriis: »Si in rixam inconsulto calore prolapsus homicidii convicium objecisti, et ex eo die annus excessit, cum injuriarum actio annuo tempore praescripta sit, ob injuriae admissum conveniri non potes.« Hieraus erhellt zugleich, daß keineswegs, wie ohne Grund behauptet worden ist, bei allen Actiones annales ein Annus utilis eintritt, da hier der Ablauf des Jahres, vom Tage der Injurie an gerechnet, ohne weiteres als Vernichtungsgrund der InjurienKlage angeführt wird. — Wenn es hier heißt: »et ex eo die annus excessit«, so heißt dieses nicht, wenn von diesem Tage an Ein Jahr von 365 Tagen verstrichen ist, sondern wenn seit diesem Tage das Jahr, d. i. das bürgerliche Gerichtsjahr abgelaufen ist. — Da nun hiernach die in den letzten Tagen des Jahres erlittenen Injurien an sich noch vor Ablauf des Jahres hätten klagend geltend gemacht werden müssen, so ist es vielleicht nicht ohne Zusammenhang hiermit, daß in die letzte Zeit des Jahres die Saturnalien fielen, in der weder Gericht gehalten, noch Strafen ertheilt werden durften, sondern nur Frohsinn herrschen sollte, und von Injurien schon aus dem Grunde nicht viel die Rede seyn konnte, weil die Dignitas civis Romani, und der Unterschied zwischen Liberi und Servi gewissermaßen aufgehoben war. Cfr. Suetonius, August. c. 52; Macrobius, Saturnal. I, 7, 10 sq.; Servius ad Virgil. Aen. 8, 319.

Digitized by Google

dem allmählichen Wegfallen des alten Ordo judiciorum und des regelmäßigen Jahreswechsels der Magistratus die ganze Einrichtung des alten Gerichtsjahres oft etwas Fremdartiges hatte, theils aber und insbesondere auch darauf, daß, wahrscheinlich in Folge der spätern laxern Praxis in der Beurtheilung der justae causae beim Annus utilis, in den Fällen, wo ein solcher gestattet war, zur wesentlichen Gefährdung der Rechtssicherheit die Anstellung der Klagen oft ungebührlich verzögert ward.

Insbesondere mußte es, bei dem Mangel der neuern Provocationen, für den, welcher sich mit einer infamirenden Actio doli bedroht sah, sehr peinlich sein, wenn die Anstellung der Klage unter verschiedenen Vorwänden auf unbestimmte Zeit hingehalten werden konnte. Daher verordnete Imp. Constantinus [55]), daß in Zukunft mit Aufhebung das Annus utilis die Actio doli vom Tage des angeblich begangenen Dolus an »intra continuum tempus anni« angestellt, und in einem zweiten Jahre zu Ende geführt, die ganze Sache also überhaupt »intra continuum biennium« abgemacht werden sollte. Da früher in Beziehung auf alle Judicia, quae imperio continentur, die Actiones annales intra annum nicht nur angestellt, sondern auch zu

55) L. un. C. Theodos. 2, 15, de dolo malo (de a. 319): »Optimum duximus, non ex eo die, quo se quisque admissum dolum didicisse memoraverit, neque intra anni utile tempus, sed potius ex eo die, quo asseritur commissus dolus, intra continuum tempus anni reis, quibus esse decertandi jus invenitur, hujusmodi actionem causa cognita deferri. — — ita ut, impetrata doli actione lis ad suum judicem translata intra biennii spatium decidatur, ratione temporis custodita, cum legitime fuerit apud suum judicem coepta, exemplo litium ceterarum. Perpetuo vero silentio conquiescat, nisi ex die, quo impetrata fuerit actio, intra continuum biennium quod sequitur omnis lis fuerit decisa.«

Digitized by Google

Ende geführt werden mußten, so begreift man, wie Constantin veranlaßt wurde, auch der Durchführung der Klage zu gedenken und für Anstellung und Durchführung derselben ein continuum biennium vorzuschreiben, worin demnach eine gewisse Anerkennung der Vorzüge des alten utilis annus allerdings noch enthalten war.

Zehn Jahre später unternahm Constantinus eine ähnliche Umwandlung des Annus utilis der Klage auf I. i. restitutio wegen minor aetas. Er verordnete nämlich zu Rom im J. 329 [56]):

> »Placuit, post completum XXV annum ex eo, quo vicesimi et sexti anni dies illuxerit, ad interponendam contestationem in urbe Roma usque ad anni tricesimi extremum diem spatia prorogari, et intra centesimum urbis Romae miliarium, si tamen ab his judicibus, qui Romae sunt, fuerit judicandum: per omnem vero Italiam usque ad finem anni vicesimi et noni: in ceteris omnibus provinciis usque ad completum annum vicesimum et octavum. Etc.«

Aus Vorstehendem geht zunächst hervor, daß diese neuen Jahresbestimmungen völlig unabhängig von dem bürgerlichen Jahre waren, indem sie sich nach den Geburtstagen richten sollten, so daß der gewesene Minorenne in Rom bis zum letzten Tage (inclusive) seines 30sten, in Italien des 29sten, in den Provinzen des 28sten Lebensjahres das Recht auf I. i. restitutio propter minorem aetatem behalten sollte. Dabei könnte es nun auffallend erscheinen, daß nach vollendetem 25sten Jahre noch resp. 5, 4 und 3 Anni continui dem gewesenen Minorennen zu Gute gerechnet wurden. Dieses erklärt sich aber, sobald man erwägt, daß nach älterm

56) L. 2. Cod. Theod. 2, 16.

Rechte der »post annum vicesimum quintum completum« eintretende Annus ein utilis war, und der MajorennGewordene sich mit seiner Unkunde der fraglichen Geschäftsverhältnisse und manchen andern Abhaltungsgründen entschuldigen konnte, wenn er erst post annum klagte. Daher blieb das dem Minorennen schon früher zustehende legitimum tempus unverändert, und nur das nach dessen Ablauf eintretende statutum tempus des utilis annus ward verändert. Was nun aber dabei die Unterscheidung zwischen Rom, Italien und den Provinzen betrifft, so bestand bekanntlich seit Alters nicht bloß in der Gerichtsverfassung überhaupt, sondern auch nach den Bestimmungen einzelner Leges, wie z. B. der Lex Aelia Sentia, und der Lex Furia, ein derartiger Unterschied zwischen der Urbs Roma mit ihrer engern und weitern Bannmeile, (»intra primum« und »intra centesimum urbis Romae miliarium«), dem übrigen Italien und den Provinzen. Zu Constantins Zeiten hatten diese Gegensätze ihre alte Bedeutung noch nicht ganz verloren, und Constantin mochte um so eher geneigt sein, zu Gunsten Roms und Italiens eine längere Frist eintreten zu lassen, als deren Geschäftsverbindungen mit den verschiedenen Theilen des Reiches eine genaue Uebersicht und Kenntniß der Geschäfte nicht so leicht machten, als in den Provinzen bei den dortigen einfachen Verhältnissen möglich war. Die Folge dieser Verordnung war nun, daß jeder, welcher mit einem Minor Geschäfte eingegangen war, die Zeit genau wußte, innerhalb der er eine Rescission propter laesionem zu befürchten hatte, nach deren Ablauf aber die Geschäfte gleich denen, mit einem Major geschlossenen unanfechtbar waren. — Justinian, welcher den Unterschied zwischen Rom, Italien und den Provinzen fast in allen Beziehungen aufhob, oder vielmehr die desfallsigen gegeschichtlichen Thatsachen auch in der Gesetzgebung geltend machte, mußte auch hier zunächst zur Aufhebung jener Verschiedenheit sich veranlaßt finden. Was früher nur für Ita-

Digitized by Google

lien galt, schrieb er allgemein vor, nämlich ein Quadriennium continuum [57]):

> »Supervacuam differentiam utilis anni in integrum restitutionis a nostra republica separantes, sancimus, et in antiqua Roma et in hac alma urbe, et in Italia et in aliis provinciis quadriennium continuum tantummodo numerari ex die, ex quo annus utilis currebat et id tempus totius loci esse commune. Ex differentia enim locorum aliquod induci discrimen, satis nobis absurdum visum est.«

Innerhalb dieser Zeit verlangte Justinian nun aber nicht bloß die Anstellung, sondern auch die Durchführung der Klage, wie solches Constantin schon früher hinsichtlich des Biennium continuum bei der Actio doli vorgeschrieben hatte. Auch dehnte Justinian die Bestimmung über das Quadriennium auf den Anspruch der Majorennen auf I. i. restitutio aus:

> »Quod non solum in minorum restitutionibus, quibus utilis annus incipit currere, ex quo vicesimi sexti anni dies illuxerit, sed etiam in majorum hoc idem adhiberi sancimus, ut et hic pro utili anno memorata continuatio temporis observetur ad interponendam contestationem finiendamque litem.«

Da nun nach dem oben Erörterten bei den Majorennen die Zeit der Absentia reipublicae causa etc. der minor aetas gleich stand, und der Annus utilis erst mit der Rückkehr eintrat, so konnte jene Bestimmung Justinians sich auch nur auf den mit der Rückkehr eintretenden utilis annus beziehen, wie denn Justinian solches auch ausdrücklich festgesetzt hat [58]):

57) Imp. Justinianus, Joanni P. P., Lampadii et Orestis Css. a. 531; l. 7. C. 2, 53, de temporibus in integrum restitutionis.

58) L. 7. §. 1 cit.

»Et quemadmodum omnis minor aetas excipitur in minorum restitutionibus, ita et in majorum tempus, in quo reipublicae causa abfuerint, vel aliis legitimis causis, quae veteribus legibus enumeratae sunt, fuerint occupati, omne excipiatur et non absimilis sit in hac parte minorum et majorum restitutio.«

Hieraus erhellt deutlich, daß das Quadriennium continuum Justinians nur insoweit an die Stelle des utilis annus in integrum restitutionis getreten ist, als früher die Exceptio annua reichte, die demnach in eine Quadriennii verwandelt worden ist, daß aber in den Fällen, wo bis dahin der Annus ipso jure später eintrat, auch jetzt das Quadriennium continuum erst später eintritt. Daher versteht es sich auch von selbst, daß, wenn ein Minor mit dem Eintritt der major aetas noch reipublicae causa absens ist, nach wie vor erst von seiner Rückkehr an das Quadriennium continuum läuft.

Bei der Singularität der ganzen Verordnung Justinians, darf hieraus aber keineswegs auch auf die Verwandlung des Annus utilis bei den übrigen Klagen auf I. i. restitutio in ein Quadriennium geschlossen werden, zumal bei diesen nicht leicht ein legitimum tempus dem Annus utilis vorherging und daher es um so mehr an der par ratio fehlt. Insbesondere versteht es sich von selbst, daß die Klage auf I. i. restitutio wegen Capitis deminutio des Gegners nach wie vor eine perpetua blieb. Vollends fehlt es aber an allem Grunde anzunehmen, daß Justinian durch die fragliche im J. 531 erlassene Verordnung den Annus utilis überall in ein Quadriennium habe verwandeln wollen, zumal die im J. 533 publicirten Pandekten die Grundsätze über den utilis annus noch vollständig abhandeln.

Außer den seither erörterten Constitutionen Constantins und Justinians finden sich in der spätern kaiserlichen Ge-

Digitized by Google

ſetzgebung noch einige andere Conſtitutionen, welche mit den ſeither erörterten Lehren einen mehr oder minder nahen Zuſammenhang zu haben ſcheinen, weshalb ihrer noch kürzlich zu gedenken iſt.

Zunächſt gehört hierhin die unten weiter zu erwähnende Verordnung der Kaiſer Constantius und Constans, der zu Folge die altcivilrechtliche Praescriptio XL annorum bei den Actiones personales freilich nicht eintreten, dagegen aber dem Judex geſtattet ſein ſollte, zu beurtheilen, ob für die verzögerte Klaganſtellung hinreichende Gründe vorhanden ſeien. Demzufolge trat eine Analogie des prätoriſchen utilis annus bei allen Actiones in personam in der Art ein, daß, wenn der Kläger ſeine perſönliche Klage unbillig verzögerte, ihm eine quasi annua exceptio opponirt werden konnte, und dem Richter die Beurtheilung der justa causa der Verzögerung überlaſſen ward [59]). Dagegen ſchloß die Constitutio

---

59) Impp. Constantius et Constans AA. Argyrio Praesidi, Sinsenio et Catulino Css. a. 349; l. 2. C. Theodos. 4, 13, de longi temporis praescriptione: »Annorum XL praescriptio, quam vetustatem leges ac jura nuncupare voluerunt, admittenda non est, cum actio personalis intenditur. Quare in praesenti et in ceteris causis id potissimum servabis atque custodias, nisi jure veteri comprehensum sit, actionem, quae movetur, propter vetustatem non debere moveri. Sed quamvis actio pecuniae postulatae exceptione temporis non finiatur, judex tamen debet inspicere, quae temporis intervalla nullis justis causis exsistentibus fluxerint, et instrumenti vetustatem, ut diligentius his consideratis ex officio judicantis, quid pronuntiari super hujusmodi actionibus oporteat, aestimetur.« Die neue Ausgabe des Cod. Theod. von G. Hänel legt mit Recht dieſe Constitutio, welche im Juſtinianiſchen Codex fehlt, dem Constantius und Constans bei, (nicht, wie die Berliner Ausgabe, dem Constantinus,) welche ſchon Cujacius, observ. XVIII, 38, als die wahren Urheber nachgewieſen hat.

Digitized by Google

Theodosii II. [60]), welche die Praescriptio triginta annorum auch auf die personales actiones ausdehnte, und welche später von Valentinianus III. [61]) für den Occident neu eingeschärft wurde, alle Beziehungen auf den utilis annus aus, indem sie u. a. ausdrücklich verordnete [62]):

---

60) Imp. Theodosius A. Asclepiodoto Pf. P. Constantinop. Victore Cs. a. 424, l. 1. C. Theod. 4. 14, de actionibus certo tempore finiendis: »Sicut in rem speciales, ita ad universitatem ac personales actiones ultra triginta annorum spatium minime protendantur. — Quae ergo ante non motae sunt actiones, triginta annorum jugi silentio, ex quo competere jure coeperunt, vivendi ulterius non habent facultatem. Etc.« — Justinian, welcher diese Const. fast wörtlich, jedoch mit mehreren Auslassungen, in seinen Codex (als l. 3. C. 7, 39, de praescriptione XXX vel XL annorum) aufgenommen hat, legt sie den Impp. Honorius und Theodosius bei. Auf jeden Fall ist sie von Theodosius II, (nicht, wie Cujacius, Observ. XVIII, 26, will, von Theodosius I.) zunächst für den Orient publicirt. Jac. Gothofredus will, in Rücksicht auf l. ult. C. Theod. 2, 12, de cognitor. et procurat., welche er für einen Theil derselben Constitutio hält, lesen: Theodosius A. et Valentinianus Caesar. Cfr. Haenel ad h. l.

61) Impp. Theodosius et Valentinianus AA. Firmino Pf. P. Ravennae, Asturio et Protogene Css. a. 449, Nov. 27. Valent. III: »— Ad quam benevolentiam praecipue nos hortata est lex domini patris clementiae meae, Theodosii perennis Augusti, qua — humano generi profunda quiete prospexit, constituens, post XXX annos nulla penitus jurgia, quae medio tempore mota non fuerant, excitari. — Praecipimus itaque propter quorundam pravas interpretationes, quibus sanctio memorata non sufficit, dum minutias juris, et captiosa verba sectantur, ut, quae specialiter jussa sunt, specialiter abrogentur, cum generalitatis designatio universa consumat, nec aliquid posset esse exceptum, quod non per illud venerabile constitutum hoc peremtorio vocabulo concludatur. Dicendo enim omnia, nullum penitus cujuslibet litis aut causationis fomitem dereliquit. Etc.« —

62) L. 1. §. 2 cit. Cod. Theod. u. l. 3 in m. cit. Cod. Just.

Digitized by Google

»Non sexus fragilitate, non absentia, non militia contra hanc legem defendenda, sed pupillari aetate duntaxat, quam diu sub tutoris defensione consistit, huic eximenda sanctioni. Nam cum ad eos annos pervenerit, qui ad sollicitudinem pertinent curatoris, necessario ei, similiter ut aliis, annorum triginta intervalla servanda sunt.«

Nur hinsichtlich der pupillaris aetas sollte demnach insofern noch eine utilis computatio eintreten, daß erst mit der Pubertas das Tempus triginta annorum beginnen, und sie in dieser Hinsicht der minor aetas bei dem Annus utilis und dem spätern Quadriennium der I. i. restitutio gleichstehen sollte. Erwägt man nun aber, daß es in der gedachten Constitutio weiter hieß [63]):

»Hae autem actiones annis triginta continuis extinguantur, quae perpetuae videbantur, non illae, quae antiquitus fixis temporibus limitantur«;

daß aber auf der andern Seite die Gerichte, welche namentlich im Occident, wie wir aus der Const. Valentiniani III. sehen, durch Interpretation die Verordnung des Theodosius möglichst zu beschränken bemüht waren, es geltend machen konnten, daß durch die obige Constitutio des Constantius und Constans hinsichtlich der »Actiones pecuniae postulatae« ein quasi utilis annus begründet sei, und diese daher nicht mehr als wahre Actiones perpetuae angesehen werden konnten; so begreift man auch, wie sie die Anwendung der neuen dreißigjährigen KlagenVerjährung auf diese Klagen in Abrede stellen, und nach wie vor

Im Cod. Just. findet sich nur die Abweichung: »quamvis sub tutoris defensione consistat.«

63) L. 1. §. 3 cit. Cod. Theod. u. faſt wörtlich l. 3 in f. cit. Cod. Just.

Digitized by Google

wenigstens in den Fällen und in den Gegenden, wo der Gerichtsgebrauch seither einen quasi utilis annus, und eine Exceptio annalis zugelassen hatte, die Fortdauer derselben behaupteten. Da die mehrgedachte Constitutio an einen Praeses Argyrius gerichtet und durch einen speciellen Fall veranlaßt war, so scheint sie nur eine locale, keine allgemeine Bedeutung fürs ganze Reich gewonnen zu haben. Da zugleich in der Constitutio von der Anwendung der »Annorum XL praescriptio, quam vetustatem leges ac jura nuncupare voluerunt«, und vom »Jure veteri comprehensum« die Rede war, so ist es wahrscheinlich, daß die gedachte Constitutio, zumal sie in den Theodosianus Codex aufgenommen, sich zunächst auf Rom und Italien bezog, wo vorzugsweise von der Geltendmachung altcivilrechtlicher Institute nur die Rede sein konnte. Dies vorausgesetzt, wird es nun begreiflich, wie sich auch nach den neuen Verordnungen über die Praescriptio XXX annorum für die seitherigen perpetuae actiones, in Italien für die gewöhnlichen Contracts-Klagen noch eine eigenthümliche, auf Analogie des utilis annus gegründete und durch den Gerichtsgebrauch näher bestimmte Exceptio annalis in fortwährender Anwendung erhalten konnte. Justinian aber, der alle Verschiedenheiten zwischen Rom, Italien und den Provinzen auszumerzen bemüht war, und dem eine auf so schwankenden Grundlagen beruhende, und erst durch den, selten die gehörige Einsicht und Umsicht beweisenden, spätern Gerichtsgebrauch gebildete Ausnahme von der Regel der triginta annorum praescriptio wenig zusagen konnte, mußte von selbst zur Aufhebung eines Institutes sich veranlaßt fühlen, welches der alten klassischen Jurisprudenz fremd war und deren Ausbildung gänzlich entbehrte. Von diesem Standpunkte aus gewinnt nun die berühmte und vielbesprochene Constitutio »de annali exceptione Italici contractus tollenda« [61]), von selbst das erforder-

61) Imp. Justinianus A. Juliano, P. P. Lampad. et Oreste

liche Licht. Denn wenn es auch dahingestellt bleiben muß, warum einige Richter ein Decennium, andere ein Quinquennium eintreten ließen, so begreifen wir doch aus dem, oben über den Annus utilis Mitgetheilten, wie derselbe leicht unter besondern Umständen auf ein Quinquennium oder Decennium continuum ausgedehnt werden konnte. Da dieses ganze Institut dem System des klassischen Pandekten-Rechts offenbar nicht angehörte, und, ins Justinianeische Recht nicht aufgenommen, nur eine vorübergehende Bedeutung gehabt hat, so genügt die seither nachgewiesene muthmaßliche allgemeine Bedeutung desselben. Auch erklärt sich nun, warum die obige Constitutio des Constantinus und Constans von Justinian, welcher die durch sie begründete annalis exceptio Italici contractus wieder aufhob, nicht in seinen Codex aufgenommen ward. —

Nachdem rücksichtlich des Praetor und der praetoriae actiones der Annus von uns gewürdigt worden ist, liegt uns nunmehr ob, denselben auch in Beziehung auf die

---

Css. a. 530, l. un. C. 7, 40, h. t. »Super annali exceptione, quae ex Italicis contractibus oritur, tantae moles altercationum in omnibus judiciis exortae sunt, quantas et enumerari difficile et explanari impossibile est. Primum etenim natura ejus observationis cum omni scrupulositate et difficultate composita est, cum multa concurrere debeant, ut ea nascatur. Deinde illud spatium annale alii quidem ita effuse interpretabantur, ut possit usque ad decennium extendi. Alii judicantes usque ad quinquennium standum esse putaverunt. Et in nostris temporibus saepius super hujusmodi calculo a judicibus variatum est, unde nec facile suum effectum in litigiis ostendere hujusmodi exceptio valuit. Cum itaque nobis aliae temporales exceptiones vel praescriptiones sufficiant, hujusmodi difficultatibus illigari nostro subjectos imperio minime patimur. Ideoque memorata annali exceptione penitus quiescente, aliae omnes legitimae exceptiones et praescriptiones in judiciis suum vigorem ostendant: sive quae super decennio, vel viginti, vel triginta, vel quadraginta annis introductae sunt, sive quae minoribus spatiis excluduntur.«

Digitized by Google

Aediles curules und die aedilitiae actiones in nähere Erwägung zu ziehen.

Die Aediles curules hatten gleich dem Praetor ein annuum imperium, welches ebenfalls mit den Calenden des Januars begann. Daher konnten auch sie nur für die Dauer des Jahres ediciren und es mußte von ihren Edicten und Klagen im Ganzen dasselbe gelten, was von denen des Prätors; sowie denn auch bei ihnen das Jahr utiliter, mit Rücksicht auf die Experiundi potestas bestimmt werden konnte. — Ein wesenlicher Unterschied trat aber zwischen den Aediles curules und den Praetores ein. Während nämlich letztere die verschiedenen Aemter oder Provinciae eines Praetor urbanus und peregrinus, so wie die Quaestiones perpetuae in Rom unter sich durchs Loos vertheilten und jeder sein Amt demnächst selbstständig für sich verwaltete, tritt uns eine solche absolute Theilung bei den beiden Aediles curules nicht entgegen. Vielmehr erließen sie ihr Edict gemeinschaftlich und betrachteten damit ihre Jurisdictio als eine an sich ungetheilte [65]). Daher heißt es: Ajunt Aediles, loquuntur Aediles in hoc edicto, Aediles noluerunt, etc. [66]). — Damit konnte jedoch eine Theilung der Jurisdiction hinsichtlich der Verwaltung wohl bestehen. Erwägt man nun, daß der Umfang der Jurisdiction nur gering war, daß die curulischen Aedilen daneben noch andere wichtige Geschäfte zu besorgen hatten, so wird es wahrscheinlich, daß

65) Wenn es gleich sex Aediles gab, welche neben den duo Consules und den decem et octo Praetores »in civitate jura reddebant«, so waren es doch nur die beiden Aediles curules im Gegensatz der zwei Aediles plebei und der zwei von Cäsar gestifteten Aediles Cereales, welche als Magistratus p. R. ein Imperium hatten. Cfr. Pomponius lib. singul. enchiridii, l. 2. §. 26, 34. D. 1, 2, de origine juris et omnium magistratuum etc.

66) Ulpianus, lib. 1 et 2 ad edictum Aedilium curulium, l. 1. §. 1; l. 38, pr. l. 44, pr. D. 21, 1, de aedilitio edicto.

Digitized by Google

sie eine Theilung der Amtsgeschäfte in der Art regelmäßig eintreten ließen, daß Jeder abwechselnd die Jurisdiction und die übrigen Geschäfte besorgte. Für eine solche Unterscheidung spricht u. a. auch, was vom Marcus Aemilius Scaurus erzählt wird [67]):

»Aedilis juri reddendo magis, quum muneri edendo studuit.«

Was nun aber die Frage betrifft, wie oft im Jahre dieser Wechsel der Geschäftsführung zwischen den beiden curulischen Aedilen eintrat, so ist es unwahrscheinlich, daß ein solcher Wechsel nur Einmal statt fand, und der Einzelne daher ein ganzes halbes Jahr ununterbrochen nur Recht sprach. Wahrscheinlicher ist es, daß ein solcher Wechsel vielmehr alle zwei Monate, oder alle 60 Tage eintrat; wofür nicht nur die Bedeutung der duo menses oder sexaginta dies im Römischen Rechtsleben überhaupt, sondern insbesondere auch die hier eintretenden eigenthümlichen Verjährungszeiten reden. Während nämlich hinsichtlich der prätorischen Klagen nur der Anstellung derselben intra annum und post annum gedacht wird, ist in Betreff der Actiones aedilitiae von der Anstellung intra duos menses, intra sex menses und intra annum die Rede, was auf eine derartige Theilung der JurisdictionsVerwaltung schließen läßt. Nach Analogie dessen, was oben über die Anstellung der Klagen intra annum, d. i. innerhalb des JurisdictionsJahres gesagt ist, muß angenommen werden, daß solches auch hier nicht nur von dem intra annum, sondern auch von dem intra duos menses und intra sex menses gilt, was aber einen herkömmlichen festen Wechsel alle zwei Monate voraussetzt. Demnach erscheint es wahrscheinlich, daß geringfügige Sachen, für welche Klagen intra duos menses vorgeschrieben waren, unter dem zur Zeit fungirenden Aedil, vor dem nächsten Wechsel abgemacht werden mußten; wichtigere intra sex

67) Aurelius Victor, c. 72.

menses, d. i. bevor der zeitige Aedil zum zweiten Male wechselte; andere intra annum, d. i. vor dem Ende des Amtsjahres beider Aedilen. Hiernach würde sich jener Unterschied, namentlich der zwischen intra sex menses und intra annum, nur in der ersten Hälfte des Jahres wichtig erweisen, indem in der zweiten Hälfte desselben an sich zwischen beiden Fällen keine praktische Verschiedenheit eintreten könnte, indem, wie bei den prätorischen Klagen, so auch bei den ädilitischen mit dem Jahresschluß alle Rechte aus dem Edicte erloschen. Allein wenn auch »aedilitiae pleraeque actiones«, »certo tempore finiuntur« [68]); so konnten doch auch diese Klagen ausnahmsweise perpetuae werden. Dies geschah aber nur durch Vertrag. Da die Klage auf Redhibitio vor den Aedilen angebracht werden konnte, so wurde die Actio aedilitia redhibitoria eine perpetua, sobald ein stetes Recht der Redhibition verabredet war; wie Ulpianus, lib. 1 ad edict. aedil. curul. bemerkt [68a]):

»Si convenerit, ut in perpetuum redhibitio fiat, puto, hanc conventionem valere.«

Imgleichen entstand die Perpetuität der Actiones aedilitiae, wenn dasjenige, wogegen das Edict der Aedilen gerichtet war, zugleich durch einen besondern Vertrag verboten, und damit auf die kürzere Verjährungsfrist verzichtet ward. Hierauf geht der Ausspruch des Pomponius, lib. 14 ad Sabinum [69]):

---

68) Marcellus, lib. 6 digestorum, l. 2. D. 44, 3, de diversis temporalibus praescriptionibus.

68a) L. 31. §. 22. D. 21, 1, de aedilitio edicto.

69) L. 31. §. 5. D. 24, 1, de donationibus inter virum et uxorem. Hiermit ist nicht zu verwechseln der Fall des Dictum promissumve, indem dieser auf versprochene Virtutes ging, deren Mangel auch ädilitische Klagen innerhalb der gewöhnlichen Verjährungsfristen zur Folge hatte, nur daß im Fall der Promissio daneben auch die Actio ex stipulatu eintrat. Cfr. l. 1. §. 1; l. 19. §. 6; l. 20, D. 21, 1, de aedilitio edicto.

Digitized by Google

»Idem dicemus, si donationis causa pacti sint (vir et uxor): ne fugitivum, aut erronem praestent, id est, integras esse actiones aedilitias et ex emto.«

Insbesondere wurde aber den durch jene kürzeren Verjährungsfristen leicht möglichen Nachtheilen, welche namentlich dann kaum zu vermeiden schienen, wenn kurz vor dem Schlusse jener Zeitabschnitte von zwei, sechs und zwölf Monaten die Klage erst begründet ward, dadurch abgeholfen, daß diese Fristen alle utiliter berechnet wurden, d. i. daß auch hier die fraglichen zwei und sechs Monate, so wie das Jahr sich nach der Experiundi potestas bestimmten, und daher, wenn der Klage die Exceptio annua, oder sex mensium, oder duo mensium opponirt ward, dieselbe replicando durch die Nachweisung der Ignorantia, oder Absentia u. s. w. erledigt werden konnte; so wie im Falle der minor aetas, reipublicae causa absentia, militia etc. auch hier schon ipso jure das Jahr, oder halbe Jahr oder die 60 Tage der Klage erst mit der major aetas, der Rückkehr u. s. w. eintraten. Besonders mußte die justa causa ignorantiae hier, wo es sich namentlich um die Vitia der verkauften Sclaven, Thiere und anderweitigen Sachen handelte, von großer Wichtigkeit sein, indem der Käufer dadurch seine spätere Klaganstellung selbst unter den folgenden Aedilen rechtfertigen konnte, vorausgesetzt, daß nicht eine grobe und nicht zu entschuldigende Unwissenheit vorlag. Daher sagt Papinianus, lib. 12 responsorum [70]):

»Cum sex menses utiles, quibus experiundi potestas fuit, redhibitoriae actioni praestantur, non videbitur potestatem experiundi habuisse, qui vitium fugitivi latens ignoravit; non idcirco tamen dissolutam ignorationem emptoris excusari oportebit.«

70) L. 55. D. 21, 1, de aedilitio edicto.

Was nun die Bestimmungen der Aedilen über Klagen und Anstellung derselben im Einzelnen betrifft, so erwähnt der erste Theil des ädilitischen Edicts, welcher von denen handelt: »Qui mancipia venduntc, und worauf das erste der Bücher ad edictum Aedilium curulium von Ulpianus, Paulus, Gajus, sich bezogen zu haben scheint, so weit derselbe uns erhalten ist, nicht einer bestimmten Zeit, sondern zählt die Fälle auf, in welchen sie ein Judicium gaben würden (sex his enim causis judicium dabimus«) [71]). Dagegen gedenkt der zweite Theil, welcher zunächst von denen handelt: »Qui jumenta venduntc, und welcher im zweiten Buche ad edictum Aedil. curul. commentirt zu werden pflegte, ausdrücklich auch der verschiedenen Zeitfristen [72]).

»Aediles ajunt: Qui jumenta venduntc, palam recte dicunto, quid in quoque eorum morbi vitiique sit; utique optime ornata vendendi causa fuerint, ita emptoribus tradentur. Si quid ita factum non erit, de ornamentis restituendis, jumentis ornamentorum nomine redhibendis in diebus sexaginta, morbi autem vitive causa inemptis faciendis in sex mensibus, vel quo minoris, cum venirent, fuerint, in anno judicium dabimus.«

Allein dieselben Fristen sind entweder durch für uns verlorengegangene Worte des ädilitischen Edicts, oder durch den Gerichtsgebrauch auch auf die, Qui mancipia venduntc, ausgedehnt worden, so wie auch für andere Fälle kürzere Verjährungsfristen aufgeführt werden, worüber die uns erhaltenen Worte dieses Edictes nichts sagen.

Intra duos menses oder intra sexaginta dies, die »Experiundi potestas« vorausgesetzt, müssen die Käufer der Jumenta vendendi causa optime ornata auf

71) L. 1. §. 1. D. e. t.

72) L. 38 pr. D. e. t.

Auslieferung der Ornamenta oder auf Rücknahme der Jumenta, d. i. Wiederaufhebung des Kaufes Ornamentorum nomine, wegen nicht mit überlieferter Ornamente, klagen. Ulpianus lib. 2 ad edictum aedilium curulium bemerkt hierüber [73]:

»Vendendi autem causa ornatum jumentum videri Caelius ait, non si sub tempus venditionis, hoc est, biduo ante venditionem, ornatum sit, sed si in ipsa venditione ornatum sit, aut ideo, venale cum esset, sic ornatum inspiceretur: semperque cum de ornamentis agitur, et in actione et in edicto adjectum est, vendendi causa ornata ducta esse: poterit enim jumentum ornatum itineris causa duci, deinde venire.«

Einen andern Fall der Verjährung ädilitischer Klagen intra duos menses berichtet Gajus, lib. 1 ad edictum Aedilium curulium [74]:

»Si venditor de his, quae edicto Aedilium continentur, non caveat, pollicentur adversus eum ad redhibendum judicium intra duos menses, vel quanti emptoris intersit, intra sex menses.«

Es konnte nämlich der Käufer verlangen, daß der Verkäufer ihm über alles, wozu er nach dem Edict der Aedilen verpflichtet war, sofort noch eine besondere Caution leiste, welche namentlich beim Verkauf des Sclaven eine duplae stipulatio war [75], und wodurch der Käufer überall zugleich eine Actio

73) L. 38. §. 11. D. e. t.

74) L. 28. D. e. t.

75) Ulpianus, lib. 32 ad edictum, l. 37. §. 1. D. 21, 2, de evictionibus et duplae stipulatione: »Quod autem diximus: duplam promitti oportere, sic erit accipiendum, ut non ex omni re id acciplamus, sed de his rebus, quae pretiosiores essent, si margarita forte, aut ornamenta

ex stipulatu gegen den Verkäufer erwarb. Unterließ der Verkäufer diese Cautionsleistung, so konnte der Käufer intra duos menses den Handel rückgängig werden lassen, ad redhibendum klagen, oder wenn er jenes versäumte, oder über den Gegenstand schon anderweitig disponirt hatte, intra sex menses aufs Interesse klagen.

Endlich trat eine redhibitorische Klage intra duos menses in dem Falle ein, wenn man übereingekommen war, daß, wenn der Gegenstand nicht gefalle, er zurückgegeben werden könne, ohne daß über die Zeit der Zurückgabe eine Bestimmung getroffen. Auch hier waren es sexaginta dies utiles, daher nach dem Ablauf derselben die Klage noch immer gegeben ward, sobald eine justa causa für die Verzögerung nachgewiesen werden konnte [76]).

---

pretiosa, vel vestis serica, vel quid aliud non contemptibile veniat. Per edictum autem curulium etiam de servo cavere venditor jubetur.‹ Pomponius, lib. 26 ad Sabinum, l. 5 pr. D. 45, 1, de V. O.: ›Item duplae stipulatio venit ab judice, aut ab Aedilis edicto.‹ Ulpianus, lib. 1 ad edict. Aedil. curul. l. 31. §. 20. D. 21, 1: ›Quia assidua est duplae stipulatio, idcirco placuit etiam ex emto agi posse, si duplam venditor mancipii non caveat: ea enim, quae sunt moris et consuetudinis, in bonae fidei judiciis debent venire.‹ — Ueber die Dupli poena im alten Civilrecht s. Cicero, de officiis, 3, 16.

76) Ulpianus, lib. 1 ad edict. Aedil. curul. l. 31. §. 22, 23. D. h. t.: ›Si quid ita venierit, ut nisi placuerit, intra praefinitum tempus redhibeatur, ea conventio rata habetur: si autem de tempore nihil convenerit, in factum actio intra sexaginta dies utiles accommodatur emptori ad redhibendum, ultra non. — Item si tempus sexaginta dierum praefinitum redhibitioni praeteriit, causa cognita judicium dabitur. In causae autem cognitione hoc versabitur, si aut mora fuit per venditorem, aut non fuit praesens, cui redderetur, aut aliqua justa causa intercessit, cur intra diem redhibitum mancipium non est, quod ei magis displicuerat.‹ Daraus, daß es zuerst heißt, daß nach Ablauf der 6 Tage die Klage

Digitized by Google

Intra sex menses findet nicht nur die obige Klage aufs Interesse im Fall der nicht geleisteten Caution, sondern besonders auch die gewöhnliche Actio ad redhibendum wegen Vitia, so wie wegen Nichtleistung der Dicta promissave statt. Daher sagten die Aediles, wie oben bemerkt, zunächst in Beziehung auf die, Qui jumenta vendunt:

»Morbi autem vitiive causa in emptis faciendis in sex mensibus — judicium dabimus.«

Und Ulpianus, lib. 1 ad edict. Aed. cur. [77]) bemerkt hinsichtlich derer, Qui mancipia vendunt:

»Tempus autem redhibitionis sex menses utiles habet. — Sed tempus redhibitionis ex die venditionis currit, aut si dictum promissumve quid est, ex eo, ex quo dictum promissumve quid est.«

Auch hieraus erhellt, daß das Semester der Redhibition an sich genau bestimmt war, daß aber aus gerechten Gründen auch in einem folgenden Semester noch geklagt werden konnte.

War die Actio redhibitoria eine PeculienKlage, so wurde sie darum natürlich nicht eine Actio annalis, daß letztere durch den Tod des Filius aus einer perpetua in eine annua verwandelt wurde; wie dieserhalb Paulus, lib. 30 ad edictum [78]) anführt:

»Cum post mortem filiifamilias annua adversus patrem actio est, quemadmodum adversus eum

nicht mehr statt finde, dann aber, daß es ausnahmsweise alsdann noch der Fall sey, wenn eine justa causa für die Verzögerung nachgewiesen werden könne, erhellt auch, daß die sexaginta dies utiles nicht, gleich den centum dies utiles bei der Bonorum possessio, singuli zu zählen sind, sondern daß es hier an sich auf einen bestimmten Zeitabschnitt von 60 Tagen oder zwei Monaten ankommt; weshalb es auch für identisch geachtet werden muß, ob jene oder diese genannt sind.

77) L. 19. §. 6. D. h. t.

78) L. 2 pr. D. 15, 2, Quando de peculio actio annalis est.

esset perpetua vivo filio, ideo, si ex causa redhibitionis erat de peculio actio, sex mensium erit post mortem filii. Idemque dicendum in omnibus temporalibus actionibus.«

Intra annum endlich konnte die Actio quanto minoris angestellt werden, so daß während des ganzen Amtsjahres der Aediles curules die Minderung des Kaufpreises noch erlangt werden konnte. Daher sagten die Aediles in Betreff des Verkaufes der Jumenta:

»Quo minoris, cum venirent, fuerint, in anno judicium dabimus.«

und Ulpianus, lib. 1 ad edict. Aed. cur. [79]) bemerkt hinsichtlich des Verkaufes der Mancipia:

»Si autem mancipium non redhibeatur, sed quanto minoris agitur, annus utilis est.«

Daß aber ohne dringende Gründe die Actio quanto minoris nicht post annum gegeben ward, und an und für sich mit dem Jahresschluß auch diese Klagen beendigt waren, beweist folgendes Rescript des Imp. Gordianus [80]):

»Cum proponas servum, quem pridem comparasti, post anni tempus fugisse, qua ratione eo nomine cum venditore ejusdem congredi quaeras, non possum animadvertere. Etenim redhibitoriam actionem sex mensium temporibus, vel quanto minoris anno concludi, manifesti juris est.

Bestände das Jahr hier wirklich aus 365 Gerichtstagen, so würde die Actio quanto minoris noch gar leicht haben angestellt werden können, wenn auch der gekaufte Sclave »post anni tempus« entflohen wäre. — Uebrigens konnte diese Klage intra annum angestellt werden, wenn auch die Actio redhibitoria durch die sex mensium exceptio aus-

79) L. 49. §. 6. D. h. t.

80) L. 2. C. 4, 58, de aedilitiis actionibus.

geschlossen war, was aber, wie oben bemerkt, nur der Fall war, wenn die Klage in der ersten Hälfte des Jahres begründet war. Auf Obiges beziehen sich die Worte des Pomponius lib. 23 ad Sabinum [81]):

»Non nocebit emptori, si sex mensium exceptione redhibitoria exclusus, velit intra annum aestimatoria agere.«

Gerne möchten wir zu den seither mitgetheilten Ergebnissen der Quellenforschung über den Annus der Actiones honorariae noch eine Uebersicht der DogmenGeschichte dieser Lehre hinzufügen. Allein da die civilistische Literatur seit der Glossatoren Zeit sich in dieser Lehre von der Wahrheit zu sehr entfernt hat, so würde es hier zu weit führen, die zahlreichen Irrthümer älterer und neuerer Juristen im Einzelnen nachzuweisen. Auf abweichende Darstellungen neuerer Juristen über einzelne hier berührte Gegenstände behalten wir uns vor gelegentlich zurück zu kommen. Sehr lieb würde es uns sein, wenn die von uns versuchten Erörterungen im Einzelnen auch von Andern weiter fortgeführt und berichtigt würden.

81) L. 48. §. 2. D. 21, 1.

Ex. f. M.

Druck von Friedrich Ernst Huth in Göttingen.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google